Die Schadensersatzansprüche des Kassenpatienten der Sozialversicherung bei Verweigerung oder fehlerhafter Durchführung ärztlicher Behandlung

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Hohen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

vorgelegt von

Winfrid Balfanz

Gerichtsreferendar

aus Berlin

Tag der Promotion: 6. April 1935

1 9 3 5

Forchheim Ofr.
Buchdruckerei Otto Mauser, Klosterstr. 16

255

Referent: Prof. Dr. Dersch
Korreferent: Prof. Dr. Titze

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Schrifttum.

Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1930.

Bremer, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes 1934. ⟨Köln. Diss.⟩.

Buck, Im Handb. des Kommunalverfassungs- und Verwaltungsrechts 1917, Bd. II, 2 IV. Abschnitt: „Das Recht der Gemeindeanstalten".

Calmer, Die Haftung der Krankenanstalten, Diss. Köln 1932.

Dersch, Krankenhaus und Reichsversicherungsträger im Jahrb. für das gesamte Krankenhauswesen 1932 S. 130 ff. ⟨Jahrbuch⟩.

Ebermayer, Arzt und Patient in der Rechtsprechung. Berlin 1925 ⟨Rechtsprechung⟩.

ders. Der Arzt im Recht, Leipzig 1930.

Eckert-Hartmann, Handbuch der Reichsversicherung 1925/1926 Berlin 1926.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Schuldverhältnisse von H. Lehmann. 12. Bearb. Marburg 1932.

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil. 13. Bearb. Marburg 1931.

Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches. Berlin und Leipzig 1927.

Erasmy, Das Rechtsverhältnis einer städtischen Krankenanstalt zu ihren Benutzern in seiner Natur und Wirkung, Diss. Heidelberg 1916.

Fischer-Henle-Titze, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe München 1932.

Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928.

Flügge, Das Recht des Arztes, Berlin und Wien 1903.

Fritz, Das rechtliche Verhältnis des Versicherten zum Versicherungsträger in der Krankenversicherung nach der RVO., Diss. Leipzig 1930.

Gierke, Gutachten in Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages, Berlin 1905.

Hahn-Kühne, Handbuch der Krankenversicherung, Berlin-Lichterfelde 10./11. Aufl. 1929.

Hegener, Das Vertragsrecht des Arztes, Diss. Berlin 1925.

Heinemann, Kassenarztrecht, 3. Aufl. Berlin 1933.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht in Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. V, 1, Tübingen 1900.
ders. Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben. Leipzig 1905.
Hoffmann, Kommentar zur RVO. II. Buch, Krankenversicherung, 8. Aufl. Berlin 1929.
Isay, Die Krankenhausgebühr im Jahrbuch für das gesamte Krankenhauswesen, I, 1, 2. 1932, S. 125 ff.
Jacobi, Die Träger der Sozialversicherung und ihre Angehörigen, in Festg. für Otto Mayer, Leipzig 1916.
ders. Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.
Jellinek, Verwaltungsrecht, Berlin 1931.
Klingmüller, Die Haftung für die Vereinsorgane nach § 31 BGB. Berlin 1900.
Kohlrausch, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 31. Auflage, Berlin 1934.
Kommentar von Reichsgerichtsräten, Bd. I und Bd. II, 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1934.
Kommentar zur RVO. (herausgegeben von Mitgliedern des Reichsversicherungsamtes (Mitgl. Komm.).
Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910.
Laband, Staatsrecht, Bd. III, 5. Aufl. Tübingen 1913.
Leffmann, Das Rückgriffsrecht der Sozialversicherungsträger im Rahmen des Haftpflichtrechts, Berlin 1929.
Lehmann M., Die positiven Vertragsverletzungen i. Arch. Ziv. Prax. 96, 60 ff.
Lehmann R., Kommentar zur RVO., Bd. V, 5. und 6. Buch, 4. Aufl., Berlin 1926.
Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht und Zivilprozeß, Bd. I, Leipzig 1912.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Bd. I, Leipzig 1902, Bd. II, Leipzig 1908.
Lustig, Gesetz und Recht im Krankenhaus, Berlin 1930.
Lutz-Richter-Sonnenburg, Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse, Leipzig 1926.
Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, München 1924.
Mehne, Der Schadensersatzanspruch des aus Vertragsbruch Drittgeschädigten, Diss. Frankfurt 1934.
Meyer Th., Das ärztliche Vertragsverhältnis, Diss. Rostock 1905.

Niggemann, Strukturwandlung in den rechtlichen Beziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen, Diss. Münster 1933.

Oertmann, Kommentar zum BGB., Schuldverhältnisse, II, 1. u. 2., Berlin 1929.

ders. Vorteilsausgleichung, Berlin 1901.

Philipsborn, Kranker und Krankenhaus im Recht, Stuttgart 1930.

ders. Arzt und Patient im Zivilrecht, im Jahrb. für das gesamte Krankenwesen, Berlin 1932, Bd. I, 1, 2. ⟨Jahrbuch⟩.

Planck, Kommentar zum BGB. I. 1, Berlin 1914, II, 2, Berlin und Leipzig 1928.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, Gutentag'sche Sammlung, 1897.

Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, Bd. IV. Berlin 1933 ff.

Rengier, Die Vorteilsausgleichung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Köln 1929.

Richter, Das Kassenärzterecht von 1931–1932, Leipzig 1932.

RVO. Handkommentar von Krohn, Zschimmer, Knoll, Sauerborn, Berlin 1931.

Skaupy, Die ungerechtfertigte Bereicherung im öffentlichen Recht, Diss. Halle 1934.

v. Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. I, II, 1 Bd. II, 2, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1928–1930.

Stier-Somlo, Das öffentliche Recht der Krankenhäuser in „Das deutsche Krankenhaus", herausgeg. von Grober, S. 870 ff.

ders. Kommentar zur RVO. Berlin 1916.

Titze, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin 1932.

Vitzethum, Zum Problem der Vorteilsausgleichung, Diss. Erlangen 1932.

Zitelmann, in: Das deutsche Krankenhaus, herausgeg. v. Grober, Jena 1922, Das Bürgerliche Recht der Krankenanstalten.

Kleinere Aufsätze.

Cranz, Wie berechnet sich der Schaden, wenn der durch einen Unfall erwerbsunfähig gewordene Verletzte Rente oder Versicherungsleistung von einem Dritten erhält? In JW. 1932, 25.

Ebermayer, Die Beziehungen des Arztes zu der Zivil- u. Strafrechtspflege in JW. 1929, 2217 ff.

Falk, Die Haftung der Gemeinden für Verschulden des ärztlichen und Pflegepersonales ihrer Krankenanstalten in Preuß. Verw. Bl. 31, 106.

Fricke, Wer haftet den Krankenhauspatienten für Versehen der in den Krankenhäusern tätigen Ärzte und Pflegepersonen? In „Kompaß" 1913, 281 ff.

Grundmann, Grundsätzliches zu dem Ersatzanspruch aus § 1542 RVO. in DK. 1922, 1130 ff.

Häußner, Haftung der Krankenkasse für unrichtige Begutachtung durch den Vertrauensarzt? In DOK. 1933, 670 ff.

Heinemann, Die Rechtsstellung des Kassenarztes in LZ. 1925 Sp. 244 ff, oder BK. 1925, 125.

Jaschkowitz, Die Beamteneigenschaft im Rahmen der gesetzlichen Neuregelung nach dem Reichsbeamtengesetz und dem Beamtenhaftpflichtgesetz in JW. 1934, 1156 ff.

Kiesel, Haftung der Gemeinden für Verschulden des ärztlichen u. Pflegepersonals ihrer Krankenanstalten.

ders. im Preuß. Verw. Bl. 34, 181.

Paech, Haftung der Krankenkasse bei unrichtiger, vertrauensärztlicher Begutachtung, BK. 1931, 260.

Sontag, Ist der Vertrauensarzt Erfüllungsgehilfe im Sinne von § 278 BGB.? in DK. 1933, 324 ff.

Treitel, Der Beitritt zu einem Gesamtvertrag und der Einzeldienstvertrag in DK. 32, 1116 ff.

ders. Der Vertrag zwischen Kassenärzten, Krankenkassen und Kassenpatienten, in DK. 30, 1325 ff.

Werneburg, Übergang des Ersatzanspruchs des Versicherten auf den Versicherungsträger, in DLK. 1930, Sp. 113 ff.

ders. Der gesetzliche Übergang des Ersatzanspruches des Versicherten auf den Versicherungsträger in „Der Sozialversicherungsbeamte" 1935, 129 ff.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamtes ⟨AN.⟩

Die Arbeiterversorgung, Zeitschrift für die gesamte Sozialversicherung im deutschen Reiche ⟨Arb.V.⟩

Die Berufsgenossenschaft, Zeitschrift für die Reichs-Unfallversicherung ⟨BerufsGen.⟩

Die Betriebskrankenkasse, eine Zeitschrift des Verbandes zur Wahrung der deutschen Betriebskrankenkassen ⟨BK.⟩

Der Sozialversicherungsbeamte.

Deutsche Invalidenversicherung ⟨Inv.Vers.⟩

Deutsche Krankenkasse ⟨DK. od. DOK.⟩
Die deutsche Landkrankenkasse ⟨DLK.⟩
Deutsche Richterzeitung ⟨DRZ.⟩
Deutsches Steuerblatt ⟨DStBl.⟩
Eisenbahn- und verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen, begründet von Eger ⟨EisenbahnE.⟩
Entscheidungen und Mitteilungen des Reichsversicherungsamtes ⟨EuM.⟩
Gruchots Beiträge ⟨Gruch.⟩
Höchstrichterliche Rechtsprechung, Vereinigte Entscheidungssammlung ⟨HRR.⟩
Juristische Wochenschrift ⟨JW.⟩
Der Kompaß, Organ der Knappschaft und Berufsgenossenschaft für das deutsche Reich ⟨Kompaß⟩.
Die Krankenversicherung, Organ des Gesamtverbandes der Krankenkassen Deutschlands ⟨Krank.Vers.⟩
Leipziger Zeitschrift ⟨LZ⟩.
Monatsschrift für Arbeiter- und Angestelltenversicherung ⟨MonatsSchr.⟩
Monatsschrift für Unfallheilkunde und Versicherungsmedizin ⟨MonSchr.Unf.⟩
Entscheidungen der Oberlandesgerichte ⟨OLG.⟩
Preußisches Oberverwaltungsgericht ⟨OVG.⟩
Reichsarbeitsblatt, Teil IV, seit 1928.
Reichs- und Preuß. Verwaltungsblatt ⟨Pr.VBl.⟩
Recht, Das.
Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden auf dem Gebiet des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts ⟨Reger⟩
Seufferts Archiv ⟨Seuff. Arch.⟩.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht.
Volktümliche Zeitschrift für die gesamte Sozialversicherung ⟨VolksZtschr.⟩
Warneyers Rechtsprechung ⟨Warn.⟩
Zeitschrift für das gesamte Krankenhauswesen ⟨Krankenhauswesen⟩.
Zeitschrift für Medizinalbeamte ⟨ZMedBl.⟩.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung: Die Leistungen, zu denen die Krankenkasse dem Mitgliede gegenüber verpflichtet ist . 1

Erster Abschnitt: Allgemeiner Teil. Allgemeine Haftungsgrundsätze . . 4

I. Die für eine Haftung in Betracht kommenden Personen 4

II. Gegenüberstellung von vertraglicher und deliktischer Haftung 4

1) Vor- und Nachteile der beiden Haftungsarten . 4

2) Das Verhältnis der beiden Haftungsarten zueinander 4

III. Inhalt und Ziel eines Schadensersatzanspruchs, der Anspruch auf Rente und Schmerzensgeld . 5

IV. Die allgemeinen Voraussetzungen einer Schuldhaftung 7

1) Das rechtswidrige Verhalten der Schädiger (Operation ohne Einwilligung, Kunstfehler falsche Gutachten) 7

2) Ursächlicher Zusammenhang zwischen rechtswidrigem Verhalten und Schaden . . 8

3) Das Verschulden, Vorsatz und Fahrlässigkeit . 9

V. Die vertragliche Haftung insbesondere, Unmöglichkeit, Verzug, positive Vertragsverletzung . . 11

VI. Die deliktische Haftung insbesondere, §§ 823, Abs. 1 und Abs. 2, 831, 840 BGB. . . . 14

VII. Der Haftungsausschluß durch Vertrag oder durch mitwirkendes Verschulden . . . 18

Zweiter Abschnitt: Besonderer Teil . . 21

A. Die Haftung der Krankenkasse . . 21

I. Das öffentlichrechtliche Verhältnis zwischen Versichertem und Krankenkasse 21

II. Die Ansprüche des Kassenpatienten, die sich aus Verweigerung oder Verzögerung der Krankenhilfe ergeben. 23

Seite

1) Die Verweigerung der Krankenpflege. Schlüssigkeit der Ansprüche aus § 839 BGB. und Art. 131 des Gesetzes vom 11. 8. 1919 (Keine Vorteilsausgleichung) . . . 23
2) Die Verweigerung der Krankenhauspflege . 29
III. Die Ansprüche gegen die Krankenkasse, die sich aus der fehlerhaften Durchführung der von ihr dem Versicherten zur Verfügung gestellten ärztlichen Behandlung ergeben 31
1) Die Anwendung des § 278 BGB. . . 32
a) Die entsprechende Anwendbarkeit des § 278 BGB. im öffentlichen Recht . . 32
b) Die konkrete Anwendung auf die einzelnen Fälle 36
aa) Behandlung durch fremdes Krankenhaus oder durch Kassenarzt . . . 36
bb) Die Behandlung in einer der Krankenkasse gehörigen Anstalt . . . 37
cc) Die Behandlung durch den Vertrauensarzt 38
2) Die Anwendung des § 831 BGB. . . 41
a) Die Anwendung des § 831 innerhalb der Vorschriften über die Staatshaftung nach § 839 BGB., Art. 131 41
b) Die Anwendung der Staatshaftung im Falle der Behandlung durch fremdes Krankenhaus, Kassenarzt und Vertrauensarzt . . 43
IV. Die Durchsetzungsmöglichkeiten der Ansprüche gegen die Krankenkasse 45
1) Die in der RVO. geregelten Verfahren . 45
2) Das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten . 45
a) Der ordentliche Rechtsweg auf Grund von Art. 131 des Gesetzes vom 11. 8. 1919 . 45
b) Der ordentliche Rechtsweg für die Durchsetzung der Ansprüche auf Grund von §§ 278, 276 BGB. 46
B. Die vertraglichen Ansprüche des Mitglieds gegen die behandelnden Aerzte aus eigenem Recht . 48
I. Ein neuer eigener Vertrag des Mitglieds mit den behandelnden Aerzten kommt nicht zustande . 48
1) Die im Schrifttum vertretene Ansicht eines Vorvertrages mit nachfolgendem Hauptvertrag . 48
2) Die Ablehnung dieser Ansicht . . 49
II. Der Vertrag zugunsten Dritter, gemäß § 328 BGB. 51

Seite

1) Die vertraglichen Beziehungen der Krankenkasse zu den Aerzten 51
a) Die Natur des Vertragsverhältnisses, seine Kennzeichnung als Dienstvertrag . . 51
b) Seine Kennzeichnung als bürgerlichrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Vertrag . . 55
c) Der Inhalt des Vertrages . . . 58
2) Der unechte Vertrag zu Gunsten Dritter . 59
a) Seine Vertreter im Schrifttum . . 60
b) Die Schadensliquidation aus dem Interesse eines Dritten 62
c) Die Rechtsprechung in ihrer Entwickelung zur Frage des Vertrages zu Gunsten Dritter . 63
3) Der echte Vertrag zu Gunsten Dritter, gemäß § 328 BGB. 64
a) Seine gesetzlichen Voraussetzungen . . 64
b) Sein Inhalt, die Berechtigung des Versicherten und seiner Krankenkasse . . . 65
c) Der bürgerlichrechtliche Charakter des Anspruchs des Versicherten 67
4) Ergebnis: Die Ansprüche aus dem Vertrage zu Gunsten Dritter 70

C. Die Haftung privat- und öffentlichrechtlicher Krankenanstalten 71

I. Die Anwendungsmöglichkeit des § 839 BGB und Art. 131 71

II. Die Vorschriften der §§ 31, 89 BGB. . . 72

III. Die Anwendbarkeit des § 831 BGB. . . 74

D. Der gesetzliche Forderungsübergang nach § 1542 RVO. 74

I. Der eigene Anspruch der Krankenkasse aus dem Dienstvertrag 74

II. Der Übergang eines Teiles der Ansprüche des Versicherten auf die Krankenkasse . . . 75

III. Die rechtliche Folgerung daraus . . . 77

E. Die Rechtslage, wenn die Krankenkasse ihre Ansprüche abtritt. Die Unwirksamkeit eines Verzichts des Versicherten auf seine Ansprüche aus der Versicherung 78

Einleitung.

Wenn im folgenden von Ansprüchen insbesondere von Schadensersatzansprüchen der Kassenpatienten die Rede sein soll, so sollen nur die Ansprüche derjenigen Kassenmitglieder untersucht werden, die bei Krankenkassen der Reichsversicherungsordnung versichert sind; dazu gehören gemäß § 225 RVO die Ortskrankenkassen, Landkrankenkassen, Betriebskrankenkassen und die Innungskrankenkassen. Die Ersatzkassen (§ 503 RVO) sind zwar gemäß Art. 3 § 1 des Aufbaugesetzes vom 5. 7. 34. (RGBl I S. 577) ebenfalls zu Trägern der Krankenversicherung geworden und haben als solche künftig gewisse Aufgaben öffentlich-rechtlicher Art zu erfüllen, sie sind aber nicht Körperschaften des öffentlichen Rechts geworden, sondern haben ihre Rechtsnatur als privatrechtliche Versicherungsvereine beibehalten; aus dieser Erwägung sind sie nicht in den Rahmen dieser Arbeit einbezogen. Die Unterstützungsdauer beträgt gewöhnlich (Regelfall) 26 Wochen vom Beginn der Krankheit an (§ 183 RVO), bis zu einem Jahre dann, wenn dies die Satzung der Kasse bestimmt hat. Als Krankenhilfe wird zunächst Krankenpflege vom Beginn der Krankheit gewährt und außerdem Krankengeld[1]) in Höhe des halben Grundlohns für jeden Kalendertag, wenn die Krankheit den Versicherten arbeitsunfähig macht.

Der Grundgedanke der RVO ist dabei der, daß die Krankenkasse (KK) die ärztliche Hilfe in Natur zu leisten hat. Die Krankenkassen dürfen also, von Ausnahmen abgesehen, nicht einfach ihren Mitgliedern Bargeld zahlen und ihnen anheimgeben, sich dafür selbst ärztliche Hilfe zu suchen. Die Krankenkassen müssen vielmehr ihren Mitgliedern bestimmte Ärzte bezeichnen oder unmittelbar zur Verfügung stellen, welche von ihnen in Anspruch genommen werden können, und welche dieser Inanspruchnahme unbedingt Folge leisten. Die Krankenkassen sind daher darauf bedacht, sich die erforderlichen Dienstleistungen durch Verträge mit bestimmten Ärzten (Kassenärzten, kassenärztlichen Vereinigungen) zu sichern. Sie schließen mit den kassenärztlichen Vereinigungen Gesamtverträge, deren Regelung sich im einzelnen aus den §§ 368 ff. RVO ergibt.

1) Der Anspruch auf Krankengeld ist nicht von dem Nachweis abhängig, daß durch die Erkrankung ein wirtschaftlicher Nachteil entsteht. RVA E. u. M. 1934, 326.

Gemäß § 184 I RVO kann die Kasse anstelle der Krankenpflege und des Krankengeldes Kur und Verpflegung in einem Krankenhaus gewähren. Krankenhaus im Sinne dieser Vorschrift ist jede Heilanstalt, öffentliche wie private[2]. Die KK „kann", braucht aber grundsätzlich Krankenhauspflege nicht zu gewähren; eine Rechtspflicht dazu, auf die der Versicherte einen im Wege des Spruchverfahrens verfolgbaren Anspruch hätte, besteht also für die KK nicht[3], abgesehen von den Ausnahmen, der „erweiterten Krankenpflege" in den §§ 426, 429, 437 RVO. In § 184 IV RVO näher bezeichneten Fällen „soll" sie Krankenpflege „möglichst" gewähren.

Damit ist nicht gesagt, daß die KK nun nach Willkür etwa Krankenpflege und Krankengeld oder Krankenhauspflege gewähren könnte[4]. Die Sachlage ist anders als auf dem Gebiet des BGB bei einer Wahlschuld oder dem Recht des Schuldners, sich durch eine nichtgeschuldete Leistung von der Verpflichtung der geschuldeten zu befreien. Der Gedanke an eine Wahlschuld scheidet schon deshalb aus, weil keinesfalls beide Arten der Krankenpflege zugleich Gegenstand der Verpflichtung sind, wobei der Schuldner frei wählen könnte, welche von beiden gewährt werden solle. Daß die Willkür etwa oder das völlig freie, jeder Nachprüfung entzogene Ermessen der KK über die Gewährung der einen oder anderen Art der Krankenhilfe entscheiden solle, ist deshalb nicht anzunehmen, weil die Krankenkassen der RVO Einrichtungen der Sozialfürsorge sind und nach dem Gesetz die Pflicht haben, im öffentlichen Interesse für die Gesundung erkrankter Mitglieder zu sorgen. Die Art der Erfüllung dieser Pflicht kann also nicht in das Belieben der Kassen gestellt sein. Man muß deshalb annehmen, daß das pflichtgemäße Ermessen je nach Lage des Einzelfalls darüber entscheiden soll, ob anstelle der Krankenpflege und des Krankengeldes die Krankenhauspflege zu gewähren sei[5]. Eine zwangsweise Einweisung in das Krankenhaus ist allerdings unzulässig. Der Versicherte verliert jedoch dann jeden Anspruch auf Krankenhilfe für die Dauer einer Weigerung der Krankenhauspflege, wenn die Weigerung unbegründet ist. Diese Rechtsfolge tritt nicht ein, wenn der Kranke

---

2) Hoffmann § 184, Anm. 6
Stier-Somlo S. 890.

3) RVA in JW 1934, 1382; das Gegenteil ist auch nicht aus derNeufassung des § 184 V (14. 8. 33) zu entnehmnen.

4) S. a. Hahn-Kühne § 184 A 3 a; Sauerborn in RVO, Handkommentar § 184, Anm. 2.

5) So mit Recht das RG in JW 1934, 484[14] (485) und Reichsversicherungsamt: JW 1934, 1382. Vergl. auch § 199 Entwurf zur RVO S. 156.

den Tatbestand des § 184 Abs. 1 Satz 2 RVO für sich in Anspruch nimmt und nicht gleichzeitig einer der Fälle des Absatz 3 vorliegt.

Den Vertrauensärzten kommt nun die Aufgabe zu, die Notwendigkeit jener Maßnahmen nachzuprüfen, damit die KK in den Stand gesetzt wird, sich selber ein Urteil über den Krankheitszustand des Versicherten zu bilden. Der Vertrauensarzt, der gewöhnlich von der KK hauptamtlich bestellt wird, ist nicht berechtigt, in die Behandlung der Kassenärzte einzugreifen, sondern ist lediglich auf die Stellung eines Gutachters beschränkt. (§ 369b RVO).

Erster Abschnitt:

Allgemeine Haftungsgrundsätze.

I. Aus dem Gesagten ergibt sich, mit wem die Kassenmitglieder bei einer von der KK zur Verfügung gestellten ärztlichen Behandlung in Berührung kommen, und welche Personen für einen etwa erlittenen Schaden ursächlich und verantwortlich sein können. In Betracht kommen also für eine Schadensersatzhaftung zunächst die Kassenärzte und deren Hilfspersonen; die in den Krankenhäusern angestellten Personen, wie Aerzte, Krankenschwestern und sonstiges Personal; Vertrauensärzte; die Unternehmer der Krankenhäuser, seien es Privatpersonen oder gemeinnützige Vereine oder seien es Staat und Gemeinden; weiterhin können als unmittelbare oder mittelbare verantwortliche Personen auch die Krankenkassen selber den Kassenmitgliedern haftpflichtig sein.

II. Die zivilrechtliche Haftung für Schäden bemißt sich nach den Vorschriften des BGB. Als Grundlage können einmal vertragliche Beziehungen zwischen Verletzten und dem für den Schaden Verantwortlichen und weiterhin die gesetzlichen Vorschriften über die unerlaubten Handlungen, gemäß §§ 823 ff. BGB. dienen.

1. Der Vorteil bei Geltendmachung der vertraglichen Ansprüche liegt für den Geschädigten darin, daß der Schuldner für die Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, unbeschränkt haftet (§ 278 BGB.), ohne die Exkulpationsmöglichkeit zu haben, wie sie nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen dem für den Schaden Verantwortlichen zur Seite steht, (§ 831 BGB.). Weiterhin braucht der Beschädigte in diesem Falle nicht mit der Möglichkeit der Einrede der kurzen dreijährigen Verjährung nach § 852 BGB. zu rechnen. Anderseits hat die Geltendmachung der Verletzung des § 823 BGB. den Vorteil, daß der Verletzte vertragliche Beziehungen nicht nachzuweisen braucht und außerdem hiernach ausnahmsweise neben dem materiellen Schaden auch den immateriellen Schaden (Schmerzensgeld) ersetzt verlangen kann (§§ 847, 253 BGB.).

2. Die Frage, ob und inwieweit Delikts- und Vertragsrecht in solchen Fällen nebeneinander zur Anwendung kommen, ist streitig.

Vereinzelt nimmt man[1] an, daß die Deliktsvorschriften durch die schuldrechtlichen Sondervorschriften verdrängt werden. Manche[2] nehmen Gesetzeskonkurrenz an. Im Anschluß an eine grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts[3] ist mit Recht die Auffassung durchgedrungen[4], daß Vertragsrecht und Deliktsrecht grundsätzlich nebeneinander zur Anwendung kommen, daß zwei konkurrierende Ansprüche entstehen.

„Denn die allgemeine Rechtspflicht, deren Verletzung die unerlaubte Handlung darstellt, kann nicht dadurch beseitigt werden, daß es ein Vertrag war, der erst die Möglichkeit der rechtswidrigen Einwirkung auf den Rechtsgüterkreis des anderen gegeben hat. Der Vertrag verstärkt die allgemeine Rechtspflicht, nicht aber beseitigt er sie[5]".

Das Nebeneinanderbestehen der Ansprüche hat grundsätzlich[6] auf ihren Bestand keinen Einfluß, auch gerichtlich können sie unabhängig voneinander geltend gemacht werden. Erfolgt die Befriedigung des einen, so wird auch der andere aufgehoben, soweit er dasselbe Ziel, z. B. Schadensersatz zum Gegenstand hat; geht aber der eine Anspruch auf mehr, so bleibt er insoweit bestehen. Daher kann der Deliktsanspruch auf Schmerzensgeld auch noch nach der Befriedigung des Vertragsanspruchs geltend gemacht werden.

III. Der Inhalt des Schadensersatzanspruches bemißt sich nach den Vorschriften der §§ 249 ff. BGB. Grundsätzlich hat der Schadensersatzpflichtige den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Bei Verletzung einer Person — worum es sich hier meistens handeln wird — läßt das Gesetz jedoch Ausnahmen vom Prinzip der Naturalherstellung zu, weil eine solche auch nicht immer möglich[7] sein wird. Der Geschädigte kann, ohne eine Frist zu setzen oder den Beweis der Unmöglichkeit der Naturalherstellung führen zu müssen,

---

1) Lent, S. 277.
2) z. B.: Hellwig, „Anspruch und Klagrecht" S. 98, 99.
3) RG. 88, 433 ff.
4) Enneccerus-Lehmann § 226, II, 1; RGRK vor § 823, 4a; Staudinger vor §823 III b.
5) RG. 88, 435.
6) Jedoch ist nicht nur die Vertragshaftung, sondern auch die Deliktshaftung ausgeschlossen, wenn eine Handlung begangen worden ist, die man kraft eines bestehenden Schuldverhältnisses so, wie sie vorgenommen wurde, vornehmen durfte. Das gilt namentlich für Fälle der Verwahrung und Leihe, da hier eine vertragliche Haftung für grobe Fahrlässigkeit nicht eintritt. (Enneccerus-Lehmann § 226 A II, 1 S. 761; RG. „Recht" 1910, 3916). Diese Fälle werden aber für uns nicht praktisch.
7) RG. 80, 28.

statt der Herstellung Entschädigung in Geld fordern ‹§ 249 S. 2 BGB.›[8]. Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Verletzten nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Verletzten in Geld zu entschädigen ‹§ 251 Abs. 1 BGB.› Wegen seines ideellen, immateriellen Schadens kann er jedoch bei vertraglichen Ansprüchen gemäß § 253 BGB. keine Entschädigung in Geld verlangen; das Recht auf das sogenannte Schmerzensgeld steht ihm, wie schon gesagt, nur innerhalb der Ansprüche aus unerlaubten Handlungen zu ‹vgl. § 847 BGB.›.

Sein Schadensersatzanspruch umfaßt nicht nur den Ersatz der Kosten für seine notwendig gewordenen Kur- und Heilbehandlungen, sondern insbesondere auch den ihm durch seine vorübergehende oder dauernde Arbeitsunfähigkeit entgangenen Gewinn. ‹§ 252 BGB.›. Bei der Berechnung des Umfanges der Entschädigung ist zunächst die Lage der Verhältnisse des Verletzten maßgebend, in welcher er sich zur Zeit der Körperverletzung befand; jedoch gilt das nur insoweit, als der zu Grunde gelegte tatsächliche Erwerb seiner Erwerbsfähigkeit entspricht[9]›.

Mit der Formulierung des Gesetzes, daß der Beschädigte eine Entschädigung „in Geld" verlangen könne, ist nicht gesagt, daß dies nur in Form einer Kapitalabfindung geschehen könnte; vielmehr kann auch eine Geldrente festgesetzt werden, und zwar in Fällen, in denen die Folgen der schädigenden Handlung dauernd und fortlaufend sind[10]›. Das trifft insbesondere auf die Fälle einer Minderung oder Aufhebung der Erwerbsfähigkeit zu[11]›. § 843 BGB, der das für gewisse Fälle vorschreibt, ist wegen der Gleichheit des rechtspolitischen Grundgedankens zum Analogieschluß zu verwerten[12]›. Die Höhe der Rente muß nicht etwa abstrakt, wie nach den Grundsätzen der Sozialversicherung, sondern konkret nach den besonderen Umständen und den persönlichen Verhältnissen des Beschädigten ermittelt werden. Auch bezüglich der Dauer ist eine schematische Beurteilung unzulässig[13]›. Daher ist ein allgemeiner Erfahrungssatz dahin, daß die Erwerbsfähigkeit eines Menschen in der Regel mit der Vollendung des 65. Lebensjahres erlösche, nicht anzuerkennen[14]›. Eine Rente auf Lebenszeit wird man nur dann zubilligen können,

8› Hierbei handelt es sich um eine Ausnahme vom Naturalherstellungsprinzip. Vgl. Titze § 8, 3 S. 28.
9› RG. in JW. 1911, 584 Nr. 26.
10› RG. in Warn. 1917, 265.
11› RG. 68, 431; 80, 28; OLG.–Naumburg, DK. 1930, 1260.
12› Oertmann, § 251 A. 2.
13› RG. in JW. 1933, 830 Nr. 6 ‹832›.
14› RG. in JW. 1932, 2029, Nr. 15; 2154 Nr. 13.

wenn nach den persönlichen und Berufsverhältnissen eine Erwerbstätigkeit bis ins hohe Greisenalter mit Zuverlässigkeit angenommen werden kann oder ihn der Unfall erst im hohen Alter getroffen hat[15]).

IV. 1. Was die allgemeinen Voraussetzungen einer Schuldhaftung anbelangt, so ist dafür die erste Voraussetzung, daß sich der Schädiger rechtswidrig oder vertragswidrig verhalten hat, sei es durch positives Tun oder durch ein Unterlassen.

Diese Voraussetzung ist zunächst einmal gegeben im Falle des eigenmächtigen Eingriffs des Arztes. Da dem Arzte ein besonderes Berufsrecht zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit oder in die Freiheit des Kranken nicht zusteht, ist grundsätzlich jeder gegen den Willen des Kranken oder, bei dessen Willensunfähigkeit, ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorgenommene Eingriff objektiv widerrechtlich. Grundsätzlich ist nur die Einwilligung des Berechtigten geeignet, die Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs auszuschließen. Die Einwilligung darf allerdings nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen; dieser in der Rechtsprechung schon bisher anerkannte Satz[16]) ist neuerdings in den § 226a StGB aufgenommen worden: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt". Es kommt also nicht auf die Sittengemäßheit der Einwilligung, sondern, falls formal Einwilligung vorliegt, auf die Sittengemäßheit der „Körperverletzung an einem Einwilligenden" an[17]). Abgesehen vom Fall der Zustimmung des Berechtigten wird die Rechtswidrigkeit des Eingriffs aber noch aus Gründen des öffentlichen Rechts in bestimmten Fällen ausgeschlossen[18]). Darüber hinaus sollte m. E. aber auch jetzt der in der neuesten Rechtsprechung der Strafsenate des RG[19]) angewandte Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung Geltung beanspruchen können; es ist dort als Rechtsgrundsatz anerkannt worden „daß es dann, wenn zwei rechtlich geschützte Güter in Widerstreit geraten und das eine nur auf Kosten des anderen erhalten werden kann, nicht gegen die Rechtsordnung verstößt, also nicht rechtswidrig

15) RGRKomm. Bd. II § 843, 3 b S. 711.
16) Vgl. RGSt. 25, 375; 38, 34; JW. 1928, 2229, 1929, 1015.
17) Kohlrausch, § 226 a Anm. 1.
18) Vgl. § 8 Reichsimpfges. vom 8. 4. 1874; § 4 des Ges. zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. 2. 1927; § 14 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, vom 14. 7. 1933 (eugenische Indikation ist nur in den dort aufgeführten Fällen Rechtfertigungsgrund).
19) RGSt. 61, 242; 62, 137; 63, 215; 64, 101.

ist, das Höherwertige auf Kosten des Geringerwertigen zu wahren"; Voraussetzung sei, daß die Güter pflichtmäßig abgewogen werden.

Weit häufiger wird die Haftung wegen sogenannter „Kunstfehler" sein. Man versteht darunter allgemein ein „Handeln gegen die anerkannten Regeln der medizinischen Wissenschaft"[20]. Mit den Fortschritten der ärztlichen Kunst ändern sich natürlich auch die anerkannten Regeln; der Begriff des Kunstfehlers ist danach nicht feststehend, sondern immer abhängig von den zur Zeit in der Medizin herrschenden wissenschaftlichen Anschauungen. Selbstverständlich bleibt die vorher erteilte Zustimmung zur Behandlung, etwa zu einer Operation, hierfür außer Betracht; die Einwilligung reicht eben nur soweit, wie sie sich auf sachgemäße Behandlung bezieht. Als Hauptbeispiel solcher Kunstfehler mögen die Fälle genannt werden, in denen Fremdkörper in der Operationswunde zurückgelassen[21], Kranke versehentlich mit ätzenden Flüssigkeiten behandelt und Verbrennungen durch Bestrahlungen hervorgerufen werden.

Darüber hinaus sind noch unzählige Fälle von Fehlern denkbar, die die Ursache für Schäden in der Person der Kassenmitglieder bilden können. Es seien nur an die Fälle falscher Diagnose oder falscher Gutachten (Vertrauensarzt) oder an die Fälle fehlerhafter Krankenhausbehandlung erinnert.

2) Zur Haftung ist weiterhin erforderlich ursächlicher Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem zum Ersatz verpflichtenden Umstand. Der Begriff des Kausalzusammenhanges ist streitig. Für die zivilrechtliche[22] Haftung wird mit Recht die Theorie der adaequaten Verursachung angenommen; Verursachung ist danach nur die adaequate oder typische Verursachung, d. h. der regelmäßige, der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechende Kausalverlauf; Ursache ist nur diejenige Bedingung, die allgemein und nicht unter besonders eigenartigen Umständen geeignet ist, den eingetretenen Erfolg herbeizuführen; entscheidend ist nicht die subjektive Voraussehbarkeit des Erfolges vom Standpunkt des Inanspruchgenommenen, sondern die objektive Adaequatheit zwischen Bedingung und Erfolg, die Berechenbarkeit auf Grund des normalen Erfahrungswissens.

20) Aehnlich auch RG. in JW. 1911, 449.

21) Vgl. z. B. RG. in JW. 1933, 1389.

22) Enneccerus-Lehmann § 15 S. 65; RGRK. Vorbem. 3 vor § 249; 5a vor § 823; Für das Strafrecht findet grundsätzlich die „Bedingungstheorie" Anwendung; sie ist deshalb hier erträglich, weil wir eine Strafbarkeit, die lediglich an den Erfolg geknüpft ist, nicht kennen.

Das Verhalten des Täters braucht nicht die einzige Ursache des Schadens gewesen zu sein; Kausalzusammenhang ist auch dann gegeben, wenn es nur im Zusammenwirken mit anderen Bedingungen den Erfolg herbeigeführt hat. So z. B., wenn ein Arzt eine Fehldiagnose gegeben hat, und die Heilbehandlung eines zweiten Arztes fehlschlägt, dann haftet auch der erste Arzt. Die früher häufig vertretene Lehre von der „Unterbrechung" des Kausalzusammenhanges, nämlich, daß der Kausalzusammenhang durch das freie und vorsätzliche Dazwischentreten einer zweiten Person unterbrochen werde, wird heute von der Rechtsprechung[23] nicht mehr anerkannt. Ebenso wie ein positives Tun kann auch ein Unterlassen für einen entstandenen Schaden kausal sein; es ist dazu nur erforderlich, daß die Vornahme der unterlassenen Handlung den Eintritt des Erfolges mit Sicherheit oder höchster Wahrscheinlichkeit verhindert haben würde. Widerrechtliche Unterlassungen werden gerade bei den ärztlichen Kunstfehlern eine große Rolle spielen.

3) Die Haftung tritt aber nur ein, wenn der Schädiger für sein rechtswidriges Verhalten verantwortlich ist, d. h. nach § 276 BGB. Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Die Beweislast des Verschuldens trägt grundsätzlich der Verletzte.

Eine vorsätzliche, d. h. bewußte und gewollte Schädigung des Kassenmitgliedes wird sehr selten sein; auch wird es ihm nicht immer leicht sein, dem Schädiger den Vorsatz nachzuweisen. Die meisten Fälle werden dagegen auf Fahrlässigkeit beruhen. Fahrlässig handelt nach § 276 BGB. Abs. 1 Satz 2, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Es genügt, daß der Erfolg als möglicher vorausgesehen wurde oder vorausgesehen werden mußte[24]. Der Maßstab, den die Begriffsbestimmung des § 276 BGB. anwendet, ist objektiv oder abstrakt: „Im Verkehr erforderlich" ist derjenige Grad von Sorgfalt, „der in solchen Verhältnissen und in den in Betracht kommenden Personenklassen von tüchtigen und gewissenhaften Leuten für genügend gehalten wird"[25]; also in den für uns in Betracht kommenden Fällen ist die Sorgfalt eines tüchtigen Arztes, einer tüchtigen Krankenschwester usw. entscheidend. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß für einzelne Kreise von Berufsangehörigen, z. B. Fachärzte, noch eine besondere Sorgfalt verlangt wird[26]. Mit Bewußtsein gebraucht das Gesetz den Ausdruck „im Verkehr erforderliche Sorgfalt", begnügt sich

23) Vgl. RGSt. 56, 348; 58, 366; 61, 318; 63, 316.
24) Enneccerus-Nipperdey, S. 658.
25) Enneccerus-Nipperdey, S. 658.
26) Bremer, S. 13.

also nicht mit dem Ausdruck „übliche" Sorgfalt, um auszudrücken, daß eine etwa eingerissene Unsitte nicht von dem Vorwurf der Fahrlässigkeit befreien könne[27]. Der Schädiger haftet also, wenn dadurch ein Schaden entsteht, daß „sein Können" und „seine Kenntnisse" hinter den Leistungen eines ordentlichen Durchschnittvertreters seines Berufs zurückbleiben; er kann sich daher zur Entschuldigung niemals auf große Jugend, hohes Alter, schlechte Ausbildung und zu geringe Übung berufen[28]. — Nicht jeder Mißerfolg bei einer Behandlung oder einer Operation ist auf ein Verschulden der behandelnden Personen zurückzuführen. Da die Maßnahmen des Arztes auf den menschlichen Körper, einen lebenden Organismus, einzuwirken haben, sind sie im höchsten Maße von unberechenbaren Naturkräften abhängig. Auch braucht nicht jeder objektive Kunstfehler dem Arzte zum Verschulden zu gereichen. Es kann nicht erwartet werden, daß seine Anordnungen unbedingt sachgemäß ausfallen und die denkbarste Gewähr für schnelle und volle Heilung geben. „Selbst bei der sorgfältigsten ärztlichen Praxis kommen Fehler und Unrichtigkeiten vor, auch der geschickteste Arzt arbeitet nicht mit der Genauigkeit und Sicherheit einer Maschine"[29]. Es wird demnach immer auf die besonderen Umstände des einzelnen Falles ankommen, ob den behandelnden Personen Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann oder nicht. Ob die Voraussetzung für eine Haftung gegeben ist, darüber entscheidet dann der Richter in freier Beweiswürdigung, gemäß § 286 ZPO. Es haben sich aber gewisse Anhaltspunkte im Verlaufe der Zeit speziell für die Fälle der Arztbehandlung entwickelt, die dem Richter bei der Entscheidung der Schuldfrage zu Hilfe kommen. Es sind dies gewisse Verpflichtungen, die man billigerweise einem ordentlichen Arzt, über den Rahmen einer allgemeinen Sorgfaltspflicht hinaus, zumuten kann.

Von den allgemeinen Berufspflichten ist zunächst die Pflicht zu erwähnen, sich weiter zu bilden[30], denn die ärztliche Wissenschaft und Technik entwickelt sich ständig weiter. Um eine richtige Diagnose zu erhalten, hat der Arzt alle in Betracht kommenden diagnostischen Hilfsmittel zu benutzen. So hat das Reichsgericht[31] es für fahrlässig erklärt, daß ein Arzt bei einer Schenkelverletzung

---

27) RG. 105, 83.

28) Etwas anderes gilt für die strafrechtliche Verantwortlichkeit, da hier ein subjektiver Maßstab angelegt wird: „Außerachtlassung der Sorgfalt, zu der der Täter nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist". Entw. 1927.

29) RG. 78, 435.

30) RGSt. 64, 263.

31) RG. 53, 315.

eines Patienten sich mit einer äußeren Untersuchung begnügt hatte, „ohne seine an sich wissenschaftlich begründete. aber die Möglichkeit atypischer Fälle nicht ins Auge fassende Diagnose einer Nachprüfung durch das unfehlbare Röntgenbild zu unterziehen". Weiterhin hat der Arzt den Kranken daraufhin zu untersuchen, ob er fähig ist, die in Aussicht genommene Behandlung zu überstehen. Ebenfalls ist es dem Arzt als Verschulden anzurechnen, wenn er sich im Verlauf der Behandlung bewußt wird oder hätte bewußt werden müssen, daß seine Fähigkeiten nicht ausreichen, oder daß seine Instrumente den Anforderungen des Falles nicht genügen und trotzdem die Behandlung weiter fortsetzt[32]).

V. Nachdem somit die allgemeinen Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht der in Betracht kommenden Personen festgestellt sind, soll im folgenden näher auf die vertragliche Haftung eingegangen werden.

Voraussetzung hierfür ist zunächst, daß ein Vertrag zwischen zwei Personen geschlossen worden ist, und keine Willensmängel oder sonstige Nichtigkeitsgründe seiner Gültigkeit entgegenstehen. Nicht notwendig ist, daß zu den Vertragsparteien auch das Kassenmitglied selber gehört, denn es können ihm auch vertragliche Ansprüche aus Vertragsverhältnissen zwischen seiner Krankenkasse und anderen Personen zustehen, — was unten[33]) dargetan werden soll.

Das BGB. regelt im einzelnen die vertragliche Haftung nur bei Unmöglichkeit und Verzug. Anfängliches Unvermögen hat der Schuldner immer zu vertreten. Eine solche Haftung kann beispielsweise bei Arztverträgen dann leicht entstehen, wenn der Arzt Leistungen verspricht, denen er von vornherein nicht gewachsen ist. Das Gesetz erwähnt zwar den Fall der anfänglichen subjektiven Unmöglichkeit nicht, aber mit Recht zieht man allgemein aus dem Umstande, daß in § 275 Abs. 2 das nachträgliche Unvermögen der nachträglichen Unmöglichkeit gleichgestellt wird, den Umkehrschluß, daß der Vertrag im Gegensatz zur ursprünglichen objektiven Unmöglichkeit (§ 306 BGB.) gültig ist und den Schuldner zum Ersatz des vollen Interesses verpflichtet. Eine verschuldete nachträgliche Unmöglichkeit (§§ 280, 325 I, 1) dürfte hier wohl selten praktisch werden. Eher schon wird der Fall des Schuldnerverzuges in der Person des Kassenarztes eintreten können, z. B. dann, wenn ein Kassenarzt die Behandlung eines Kassenpatienten ohne Grund ablehnt, und dadurch ein Schaden entsteht. Der Schuldnerverzug setzt

32) Bremer, S. 18.
33) s. 2. Abschn., B. der Arbeit.

nach dem BGB. ‹§§ 284, 285› zunächst schuldhafte ‹Vorsatz oder Fahrlässigkeit› Nichtleistung trotz Fälligkeit voraus. Ob die Leistung des Schuldners fällig ist, d. h. vom Vertragsgläubiger verlangt werden kann, richtet sich ganz nach den Vertragsbestimmungen. So wird z. B. die KK die Behandlung eines Kassenmitglieds stets von dem Zeitpunkt an verlangen können, in dem sie den Versicherten dem Kassenarzt zuschickt. Weiteres Erfordernis des Schuldnerverzugs ist aber noch die Mahnung. Eine Mahnung wird man jedoch bei einem Arztvertrag für entbehrlich halten müssen[34]. Das ergibt sich nach Treu und Glauben aus dem besonderen Charakter eines Arztvertrages, der keine Aufschiebung der Behandlung, und damit keine Berufung auf das Unterbleiben einer Mahnung zuläßt. Ausserdem kann man für die Begründung der Entbehrlichkeit einer Mahnung einen allgemeinen vorherigen Verzicht des Arztes oder Krankenhauses auf die Mahnung annehmen, der ja auf Grund der im BGB. anerkannten Vertragsfreiheit ‹§ 305› durchaus möglich ist[35].

Die Fälle einer Vertragshaftung werden in der Regel durch „Vertragsverletzung" begründet. Das BGB. hat die Verletzung von Forderungsrechten schlechthin nicht ausdrücklich geregelt. Es fallen darunter insbesondere alle mangelhaften Erfüllungshandlungen, sofern sie einen besonderen, über das Erfüllungsinteresse hinausreichenden Schaden verursachen[36]. Das gilt auch dann, wenn sich der Anspruch aus dem Vertrage gerade auf diejenige Leistung bezieht, die nicht oder schlecht erfüllt wurde; auch hier kann man von einem „anderweitigen" Schaden sprechen. Der Begriff „positive Vertragsverletzung" umfaßt also zunächst alle Forderungsverletzungen, die weder Unmöglichkeit der Leistung noch eine Verzögerung bewirken, und ferner andere, die zwar eine solche zur Folge haben, aber dem Gläubiger daneben einen über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden zufügen[37]. Bei den Beziehungen zwischen Ärzten und Patienten fällt daher eine jede denkbare zu vertretende Schlechterfüllung der Heilbehandlung unter den Begriff der Vertragsverletzung.

Der Schuldner haftet gemäß § 276 für Vorsatz und Fahrlässigkeit. § 276 ist daher nur Haftungsmaßstab, nicht Haftungsgrund. Diesen Standpunkt vertritt mit Recht die in der Literatur herrschende Meinung[38]. Das RG. findet dagegen den Grundsatz,

34› so auch Bremer, S. 10.
35› Vgl. Enneccerus-Lehmann § 51, II, 3, S. 196.
36› vgl. Oertmann, Bd. II, 1, S. 179.
37› Enneccerus-Lehmann, S. 209.
38› S. Enneccerus-Lehmann § 55 II.

daß jede schuldhafte Forderungsverletzung eine Ersatzpflicht begründet, im Gesetz unmittelbar ausgesprochen, nämlich in der Vorschrift des § 276, daß der Schuldner „Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten", d. h. für deren Folge einzustehen habe[39]). Allein über den Inhalt der Vertretungspflicht sagt der § 276 nicht, denn der Ausdruck „vertreten" bedeutet nicht etwa „Schadensersatz leisten", sondern wird auch in Fällen gebraucht, wo eine Schadensersatzpflicht nicht in Frage steht (§§ 460, 461). Am richtigsten wird die Ansicht sein, daß man ohne Heranziehung bestimmter Vorschriften einen im Gesetz enthaltenen allgemeinen Grundsatz annimmt, daß für jede schuldhafte Verletzung der Schuldnerpflicht gehaftet wird[40]).

Die zu vertretende positive Schlechterfüllung macht den Schuldner, auch wenn sie weder Unmöglichkeit noch Verzug zur Folge hat, nach Analogie der Unmöglichkeits- und Verzugsregeln gerade so schadensersatzpflichtig, wie die schuldhafte Nichterfüllung eines Forderungsrechtes bei Unmöglichkeit und Verzug. Die Beweislast für das Verschulden des Verletzers hat allerdings der Schadensersatz fordernde Gläubiger[41]).

Eine bedeutsame Vorschrift für die vertragliche Haftung des Schuldners ist der § 278 BGB. Danach hat der Schuldner ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Der Schuldner haftet auch dann, wenn ihn selbst kein Verschulden trifft, wenn er also die Hilfsperson mit größter Sorgfalt ausgewählt und beaufsichtigt hat. Der Grund liegt darin, daß der Schuldner sich seiner vertraglichen Haftung nicht durch Heranziehung von Gehilfen entziehen soll. Bedient er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten fremder Hilfspersonen, so hat er für deren Handlungen unbedingt aufzukommen.

Zu den Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, gehören alle Vertreter und Hilfspersonen, die mit des Schuldners Wissen und Willen die geschuldete Leistung ganz bewirken oder bei der Vornahme mitwirken. Zu den Erfüllungspersonen des Arztes insbesondere gehört daher dessen sämtliches ärztliches Hilfs- und Pflegepersonal. Auf die größere oder geringere Unselbständigkeit der Gehilfenstellung kommt es nicht an; Hilfspersonen im Sinne von § 278 BGB. können daher nicht nur Krankenpfleger, Krankenschwestern, sondern auch die

39) Vgl. Enneccerus-Lehmann § 55 Anm. 9.
40) Lehmann, Archiv für ziv. Praxis 96, 81 ff.
41) RG 66, 289; 78, 435; 97, 117. § 282 BGB, der bei Unmöglichkeit die Beweislast des Schuldners festsetzt, kann hier nicht herangezogen werden, da die Behandlung an sich geleistet ist. (RG MonSchr. Unf. 1932, 381).

Assistenzärzte sein. Erforderlich ist aber immer, daß zwischen der zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung und dem Vertragszweck innerer Zusammenhang besteht. Begeht daher der Gehilfe die unerlaubte Handlung nur bei Gelegenheit, nicht bei der „Ausführung" der Erfüllung, so kommt eine Vertragshaftung des Schuldners nicht in Betracht[42].

VI. Die Klage aus den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen, die sogenannte deliktische Klage, entnimmt ihre rechtliche Begründung den §§ 823 ff. BGB. Die meisten Klagen aus dem Thema dieser Abhandlung werden sich aus §§ 823, Abs. 1 und Abs. 2 und 831 ergeben.

Nach § 823 Abs. 1 ist derjenige schadensersatzpflichtig, der vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, die Gesundheit, die Freiheit eines anderen widerrechtlich verletzt. Insbesondere der Arzt kann bei Ausübung seines gefährlichen Berufes leicht in die Lage kommen, die Rechtsgüter des Lebens, des Körpers und der Gesundheit zu verletzen. Fahrlässige Tötung und fahrlässige Körperverletzung werden dabei am häufigsten vorkommen. Da beide Delikte strafbar sind, (§§ 222, 223 ff. StGB.) führen sie auch zur Haftung wegen Verletzung von Schutzgesetzen nach § 823 Abs. 2 BGB.

Zweifelhaft ist allerdings, ob der ärztliche Eingriff überhaupt unter den Begriff der Körperverletzung fällt. Das BGB. gibt keine Definition des Begriffs Körperverletzung. Es ist aber anzunehmen, daß sich der Begriff in § 823 Abs. 1 mit dem strafrechtlichen Begriff der Körperverletzung deckt, denn wenn das nicht der Fall wäre, bestände bei Verneinung der Anwendbarkeit des Begriffs Körperverletzung im BGB. und Bejahung derselben im Strafrecht die Möglichkeit, daß zwar eine Haftung nach § 823 Abs. 1 nicht eintreten könnte, wohl aber eine nach § 823 Abs. 2, was jedoch nicht im Sinne des Rechtes liegen kann. In den Fällen, in denen sich nach geltendem Strafrecht ein Eingriff des Arztes als strafbare Körperverletzung darstellt, ist daher auch eine Haftung wegen Verletzung des Körpers gemäß § 823 Abs. 1 gegeben[43]. Nach zukünftigem Strafrecht[44] wird möglicherweise bei Eingriffen und Behandlungen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen, die Tatbestandsmäßigkeit der Körperverletzung verneint. Diese Änderung, die der Entwurf des neuen Strafrechts vorsieht, hat aber

42) Enneccerus-Lehmann § 44, II, 2, S. 174; RG. 63, 343 f. Staudinger § 278, II, 2, b.;
43) Planck-Flad § 823, B. II, 1 b; Zitelmann, Arch. Ziv. Prax. 99 S. 81 ff.
44) Entwurf 1927. § 263.

nur Bedeutung für die Fälle einer Behandlung, zu der die Zustimmung des Berechtigten fehlte, im übrigen aber die Behandlung ordnungsgemäß ausgeführt wurde. Auch nach neuem Recht wird daher voraussichtlich Bestrafung und Haftung wegen Körperverletzung angenommen werden, wenn die Behandlung nicht sachgemäß ausgeführt wird.

Die Haftung nach § 823 BGB[45]) beschränkt sich nicht auf die Fälle rechtswidrigen Tuns, sondern ebenso sehr können auch Fälle rechtswidrigen Unterlassens die Haftung begründen. Letzteres wird gerade bei Ärzten oder in Krankenhäusern häufig sein, insbesondere wenn ärztliche Verrichtungen Hilfspersonen übertragen worden sind. Denn dann haben die Ärzte grundsätzlich die Verpflichtung, sich persönlich von der ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Anweisung zu überzeugen oder genauere Anordnungen zu treffen. Allerdings wird man wohl grundsätzlich annehmen müssen, daß der Arzt die Durchführung rein technischer Angelegenheiten, wie z. B. das Hineinlegen von Wärmflaschen in Betten oder das Einschieben von Filtern bei Röntgenaufnahmen[46]), Krankenschwestern überlassen darf. Allerdings gilt das nur, wenn die Hilfspersonen in jahrelanger Tätigkeit als gut eingearbeitet und zuverlässig bekannt waren und dabei die nötige Umsicht und ruhige Sicherheit bewiesen hatten[47]); nur unter diesen Voraussetzungen ist der Arzt seiner allgemeinen Überwachungs- und Unterweisungspflicht enthoben[48]).

Selbverständlich ist immer Voraussetzung für eine Haftung, daß das rechtswidrige Verhalten des Schädigers Ursache für den Schaden des Beschädigten ist und daß dieses Verhalten auf einem Verschulden des Schädigers beruht.

Grundsätzlich hat auch hier der Geschädigte die Beweislast für das Verschulden des anderen Teils. Jedoch genügt zum Nachweis des Verschuldens, wenn der Geschädigte Tatsachen anführen kann, die nach allgemeinen Erfahrungssätzen ein Verschulden sehr

---

45) Aus § 823 BGB. wird durch die Rechtsprechung auch eine allgemeine Aufsichtspflicht anerkannt, die die für die Erfüllung verantwortliche Person aufzuwenden hat, wenn sie die Ausführung der Schutzmaßnahmen zur Sicherung des Verkehrs Dritten überläßt. Diese Verkehrspflicht fällt nicht mit der in § 831 geregelten Pflicht des Geschäftsherrn, die einzelne Verrichtung zu leiten, zusammen. Versäumt der Aufsichtspflichtige diese allgemeine Überwachungspflicht, so ist er für den Fall eines durch seine Leute angerichteten Schadens mittelbar verantwortlich, wenn anzunehmen ist, daß der Schaden bei ordnungsmäßiger Aufsicht vermieden worden wäre (RG. JW. 1910, 17; 1911, 487; RGRK. § 823 Anm. 6, e.).

46) RG. in JW. 1927, 2699 Nr. 18, auch RG. in JW. 1915, 397 Nr. 8.

47) RG. in DRZ. 1929, 312 Nr. 720.

48) Vgl. RG. 112, 295; 113, 297.

wahrscheinlich erscheinen lassen[49]). Allerdings kann der Schädiger diesen sogenannten prima facie-Beweis schon dadurch entkräften, daß er seinerseits Tatsachen nachweist, die eine Entstehung des Schadens ohne sein Verschulden erklärlich erscheinen lassen. Dadurch zerstört er den gegen ihn sprechenden Schein und zwingt nun doch den Beschädigten zum Nachweis des Verschuldens im einzelnen. Denn bei dem prima facie – Beweis handelt es sich nur um eine Erleichterung in der Beweisführung, nicht um eine völlige Umkehrung der Beweislast[50]). So hat das Reichsgericht es hinsichtlich des prima facie – Beweises es immer abgelehnt[51]), aus der bloßen Tatsache einer Schädigung des Patienten einen Schluß auf schuldhaftes Verhalten der behandelnden Personen zuzulassen, und dem Arzt die Gefahr einer Unaufgeklärtheit des Ursachenverlaufs aufzubürden.

Eine Umkehrung der Beweislast hat das BGB. jedoch im Falle des § 831 BGB. vorgenommen. Hiernach muß der Geschäftsherr für den von ihm zum Verrichtungsgehilfen Bestellten haften, es ist hier eine Vermutung dafür aufgestellt worden, daß ein Verschulden des Geschäftsherrn vorliegt und dieses für den Schaden ursächlich sei: „Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem anderen widerrechtlich zufügt" (§ 831 Abs. 1 Satz 1). Der in Anspruch Genommene ist also gezwungen, sich zu entlasten, indem er dartut, daß entweder kein Verschulden vorliegt oder das etwa vorliegende für den Schaden nicht ursächlich gewesen sei: „Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Personen und sofern er die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder, wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde" (§ 831 Abs. 1 Satz 2). Die Ersatzpflicht des Anstellenden hat daher die folgenden positiven, von den Geschädigten zu erweisenden Voraussetzungen: Einmal, daß er einen anderen zu einer Verrichtung bestellt hat, zweitens, daß der Bestellte den Schaden in Ausführung der Verrichtung verursacht hat, es genügt nicht, wenn es nur bei Gelegenheit der Verrichtung geschah[52]), und drittens, daß die Schadenszufügung widerrechtlich ist. In einem Krankenhaus ist es gewöhnlich so, daß sowohl Arzt wie Kranken-

49) Enneccerus-Lehmann, S. 762.
50) ders. a. a. O., RG. 120, 263, 119, 359.
51) vgl. RG. Monschr. f. Unf. 1932, S. 381.
52) RG. 73, 437.

schwestern von der Krankenhausverwaltung angestellt werden[53]. Daraus folgt also, daß zwar das Krankenhaus oder besser die Krankenhausverwaltung nach § 831 BGB. für rechtswidriges Verhalten der Krankenschwestern haften kann, daß aber hier im allgemeinen § 831 für eine Haftung des Arztes nicht in Betracht kommen kann, schon deswegen nicht, weil der Arzt keinen Einfluß auf die Auswahl der Krankenschwestern hat, was allerdings seine eigene Verantwortlichkeit aus § 823 BGB. nicht ausschließt.

Für den Entlastungsbeweis wird man es für genügend erachten, wenn der Beweis bisheriger steter Zuverlässigkeit und Tüchtigkeit erbracht wird. Hinsichtlich eines Arztes wird man den Exkulpationsbeweis regelmäßig schon in der Tatsache erblicken können, daß es sich um einen approbierten Arzt handelt[54]. Diese Tatsache wird in der Regel genügen, um dem Geschäftsherrn den Exkulpationsbeweis zu erleichtern, nach außen hin den „ersten Anschein" zu erwecken[55], daß ihm bei der Auswahl des Verrichtungsgehilfen kein Verschulden zur Last gefallen ist. Allerdings ist der Kläger jederzeit in der Lage, diesen Schein dadurch zu entkräften, daß er z. B. nachweist, die zur Verrichtung bestellte Person habe sich schon vor ihrer Anstellung irgend etwas zu Schulden kommen lassen. Damit würde dann der Beklagte im vollen Umfange für seine sorgfältige Auswahl beweispflichtig werden.

Der Entlastungsbeweis ist also grundsätzlich darauf zu richten, daß die angestellten Personen zur Zeit der Bestellung dieser Verrichtung ohne Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt ausgewählt waren. Sobald aber der Geschädigte den Nachweis geführt hat, daß sich in der Dienstzeit des Angestellten offenkundige Mängel gezeigt haben, genügt der Dienstherr seiner Entlastungspflicht nicht schon mit dem Nachweis, daß der Angestellte zur Zeit seiner Anstellung tüchtig und mit Sorgfalt ausgewählt worden war[56]. Er hat dann vielmehr in solchen Fällen, die gewöhnlich ein Dienstverhältnis von längerer Dauer betreffen, nachzuweisen, daß die Befähigung und Zuverlässigkeit des Angestellten noch bis zur Zeit der schädigenden Handlung bestanden haben. Diese weitere Sorgfaltspflicht ist in der Verpflichtung der sorgfältigen Auswahl selbst enthalten[57].

---

53) Vgl. RG. „Recht" 1907, S. 309 Nr. 582; JW. 1906, 428.
54) RG. „Recht" 1908 Nr. 3606.
55) Vgl. Enneccerus-Lehmann, S. 762 oben.
56) RG. 79, 106.
57) Fischer-Henle-Titze, § 831 Anm. 7.

Daß dem Geschäftsherrn darüber hinaus eine „Leitungspflicht obliegt", was im übrigen der Kläger zu beweisen hat[58]), ist bei ärztlichen Verrichtungen nicht ohne weiteres anzunehmen. Eine „Leitung der Verrichtung", die nicht etwa die Betätigung einer allgemeinen Aufsicht über den Angestellten und dessen Verrichtungen, sondern eine durch die besonderen Eigenschaften der dazu bestellten Personen bedingte Sonderaufsicht der Einzelverrichtung darstellt[59]), ist nur bei solchen Verrichtungen gegeben, die nur unter Leitung des Geschäftsherrn vorgenommen zu werden pflegen[60]). Eine Leitungspflicht von ärztlichen Hilfspersonen wird man z. B. bei Operationen annehmen müssen, nicht jedoch bei solchen rein mechanischen Verrichtungen, die geschulten Krankenwärtern überlassen werden dürfen[61]).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß auch mehrere für ein und denselben Schaden verantwortlich sein können, sei es, daß einer als Geschäftsherr nach § 831 und der andere als Verrichtungsgehilfe nach § 823 haftet, oder sei es, daß mehrere den Schaden durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung verursacht haben (§ 830 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Die Folge ist, daß sie dem Verletzten, gemäß § 840 BGB. beide als Gesamtschuldner haften. Der Verletzte ist also bei der deliktischen Haftung mehrerer in der Lage, nach seinem Belieben die Schadensersatzleistung von jedem der Schuldner ganz oder zum Teil zu fordern (§ 421), wenn nicht etwa die Haftung mit einem Schuldner vertraglich ausgeschlossen ist.

VII. Es sind nun Fälle denkbar, in denen die Haftung der Schädiger beschränkt oder ausgeschlossen ist, obwohl die bisher oben erörterten Voraussetzungen einer Haftung vorliegen. Dies ist einmal möglich durch allgemeine Haftungsbeschränkung durch vorherige Vereinbarung und ferner durch ein Mitverschulden, das sich der Beschädigte auf seinen Schadensersatzanspruch gemäß § 254 BGB. anrechnen lassen muß. Theoretisch können sowohl die vertraglichen als auch die deliktischen Haftungen durch Vertrag ausgeschlossen werden. Ein Ausschluß für Vorsatz ist jedoch nach § 276 Abs. 2 BGB. nichtig[62]), dem Arzt z. B. wäre es aber möglich, seine Haftung für eigene leichte oder grobe Fahrlässigkeit auszuschließen,

58) ders. § 831 Anm. 9.
59) RG. 82, 218.
60) RG. 53, 56.
61) RG. 112, 295 oben.
62) Dem Schuldner kann jedoch die Haftung wegen Vorsatzes seines gesetzlichen Vertreters sowie des Erfüllungsgehilfen im voraus erlassen werden. § 278 S. 2 BGB.

wenn man nicht letzteren Haftungsausschluß wegen Verstoßes gegen die guten Sitten für nichtig ansehen will ‹§ 138 BGB.›. Im übrigen werden jedoch solche Fälle für den Kassenpatienten nicht praktisch werden, da die KK. im Interesse ihrer Mitglieder wohl niemals mit Ärzten oder Krankenhäusern Verträge abschließen wird, die sich einem großen Teil ihrer Haftpflicht entziehen wollen.

Weit bedeutungsvoller für eine Beschränkung oder einen Ausschluß der Haftung ist die Culpa-Compensation nach § 254, die allerdings nur auf Einrede des Ersatzpflichtigen, nicht von amtswegen Berücksichtigung findet. Sie setzt voraus, daß bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat. Es bemißt sich, ebenso, wie ein etwaiges Verschulden des Ersatzpflichtigen nach § 276 BGB. Unmöglich ist ein Mitverschulden natürlich bei Personen, die im Zustande der Bewußtlosigkeit, z. B. Narkose, gehandelt haben; ebenfalls unmöglich bei Geisteskranken oder bei Kindern unter sieben Jahren; bei Personen, zwischen sieben und achtzehn Jahren ist ein Mitverschulden nur dann möglich, wenn die erforderliche Einsicht vorhanden war ‹§§ 827, 828 BGB.›.

Die Verpflichtung zum Schadensersatz, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes hängt bei einem Mitverschulden des Geschädigten von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist. Der Richter hat hiernach den beiderseitigen Anteil an der Kausalität und das Maß des beiderseitigen Verschuldens zu prüfen. Er kann je nach dem Ergebnis dieser Prüfung dem Verletzten vollen Schadensersatz zusprechen, den Schaden in angemessener Weise verteilen, oder dem Geschädigten jeden Ersatzanspruch versagen.

Ein Fall des § 254 Abs. 1 ist z. B. gegeben[63]›, wenn ein Kassenpatient zu einem Röntgenarzt geht, um sich bestrahlen zu lassen und ihm verschweigt, daß er vor kurzer Zeit von einem anderen Arzt mit Röntgenstrahlen behandelt worden ist. Ebenfalls ist der Tatbestand des § 254 Abs. 1 verwirklicht, wenn der Patient die Anweisungen der Ärzte nicht befolgt, oder ihnen gar zuwider handelt.

Nach § 254 Abs. 2 liegt auch dann ein mitwirkendes Verschulden vor, wenn der geschädigte Patient es unterlassen hat, den

63› Bremer, S. 56.

Schaden abzuwenden oder zu mindern. Grundsätzlich ist der Geschädigte auch verpflichtet, zur Beseitigung des einmal eingetretenen Schadens mitzuwirken. Maßgebend muß allein das sein, was ein vernünftiger Mensch, dem kein Schadensersatzanspruch zusteht, in derselben Lage getan haben würde[64]. Der Verletzte muß sich daher auch unter Umständen neuerlichen ärztlichen Behandlungen, auch einer Operation unterziehen, wenn diese gefahrlos und nicht mit nennenswerten Schmerzen verbunden ist[65].

---

64) RG. 83, 19.
65) RG. 60, 147, 129, 398 ff, 139, 131.

Zweiter Abschnitt:

Besonderer Teil.

Nachdem bisher die allgemeinen Voraussetzungen einer Haftung festgestellt worden sind, soll im folgenden untersucht werden, inwieweit die an dem Dreiecksverhältnis zwischen Kassenmitgliedern, Krankenkassen und Ärzten oder Krankenhäusern Beteiligten für einen Schaden des Kassenmitglieds verantwortlich gemacht werden können. Daß diejenigen Personen, die den Schaden durch ihr schuldhaftes Verhalten unmittelbar verursacht haben, grundsätzlich schon nach Deliktsrecht haftbar gemacht werden können, ergibt sich ohne weiteres aus dem bisher Dargelegten. Gewöhnlich liegen die Fälle in der Praxis aber so, daß die unmittelbar Verantwortlichen erfolglos verklagt zu werden pflegen, weil deren Geldmittel zum Schadensersatz nicht ausreichen. Dem verletzten Kassenpatienten wird es daher immer darauf ankommen, kapitalkräftigere Personen an der Haftung teilnehmen zu lassen; insbesondere wird ihnen daran liegen, die KK. selber oder Krankenhäuser oder gar Gemeinde und Staat für den entstandenen Schaden verantwortlich zu machen.

A. Im folgenden soll zunächst die Möglichkeit einer Haftung der KK. untersucht werden.

I. Das Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern und den Kassen stellt sich nicht dar als Versicherungsvertrag, sondern ist nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts zu beurteilen[1]. Anderes gilt natürlich für die Rechtsbeziehungen der Ersatzkassen, die gemäß §§ 503 ff RVO. zugelassen werden können.

Die Krankenkassen der RVO., deren Rechtsfähigkeit sich aus § 4 RVO. ergibt, sind juristische Personen des öffentlichen Rechts. Früher wurde allerdings unter dem Einfluß der Vorläufer der RVO. im allgemeinen das Gegenteil vertreten[2][3]. Die früheren Gesetze,

1) RG. 74, 163 = JW. 1910, 934[5].

2) Jacobi, Träger der Soz. S. 8 ff.

3) Auch das Krankenversicherungsgesetz von 1883 hatte seine Vorläufer gehabt; es sei nur an die mit gesetzlichem Beitrittszwang ausgestatteten und unter staatl. Kontrolle stehenden Genossenschaften, insbesondere für Bergwerke und Schiffahrt erinnert. Die soziale Gesetzgebung des Deutschen Reiches der 80er Jahre des 19. Jahrh. konnte somit an bestehende Einrichtungen, insbesondere an das gut ausgebaute Hilfskassenwesen anknüpfen. Vgl. Stier-Somlo, Kommentar Bd. I S. XVI ff, Hoffmann S. 1–4, Eckert-Hartmann S. 11 ff.

insbesondere das Gesetz über die eingeschriebenen Hilfskassen vom 7. 4. 1876 und das Krankenversicherungsgesetz vom 15. 6. 1883, gingen von der alten Vorstellung aus, als gälte es, den für öffentliche Zwecke gebildeten Kassen Genossenschafts- oder Anstaltspersönlichkeit zu verleihen. Unter dem Einfluß dieser Haltung der alten Gesetze finden sich auch noch in der neueren Wissenschaft vereinzelte Äußerungen, die aus den Trägern der Sozialversicherung öffentliche Körperschaften und öffentliche Anstalten mit privatrechtlicher juristischer Person machen[4]).

Heute hat sich jedoch die Ansicht durchgesetzt, daß die Krankenkassen der RVO. juristische Personen des öffentlichen Rechts sind[5]). Als juristische Person des öffentlichen Rechts wird jede juristische Person angesehen, die nicht eine solche des Privatrechts ist. Eine juristische Person des Privatrechts aber ist unter den Körperschaften eine juristische Person, die „weder daseinsnotwendig ist, noch unter einer positiven Aufsicht des Staates, oder eines anderen öffentlichen Verbandes steht, noch Zwangsmitglieder hat, noch Anordnungen an unbestimmt wen, noch Verwaltungsakte erlassen kann, noch gesetzesnotwendig durch Beamte oder sonstige Staatsorgane verwaltet wird oder verwaltet". (Jellinek S. 175). Diese Merkmale finden sich bei den Krankenkassen fast oder ganz ohne Ausnahme verwirklicht: Daseinsnotwendigkeit (§ 232 RVO.), positive Aufsicht (§§ 30 ff. RVO.) Zwangsmitgliedschaft (§ 165 ff. RVO.[6]). Rechtsetzungsgewalt z. B. § 192 RVO., vollstreckbare Verwaltungsakte, z. B. § 529 Abs. 1, § 28 Abs. 1, § 115 Abs. 1[7]).

---

4) Vgl. Piloty, Reichsunfallversicherungsrecht 1890 Bd. II S. 317; Weyhmann RVO. III, S. 485 f.

5) OVG. in DSTBl. 1929, 976; Entsch. d. RVA. 24, 415 ff; Hanow § 4, Anm. 4; Stier-Somlo, Kommentar § 4; Jellinek S. 184; Jacobi S. 10.

6) Ausschlaggebend für die juristische Natur des Verhältnisses zwischen KK. und dem einzelnen Mitglied ist der Begriff der Versicherungspflicht, wie ja überhaupt das Kriterium der öffentlichen Rechtsverhältnisse das Ueber- und Unterordnungsverhältnis der Beteiligten ist. (Jellinek S. 47). Diese „Versicherungspflichtigkeit" (Laband, S. 292) ist keine Pflicht, einen Versicherungsvertrag oder sonst irgend ein anderes Rechtsgeschäft abzuschliesen. Der Anspruch auf Versicherungsleistung entsteht vielmehr ohne Einschaltung irgend eines Rechtsgeschäfts kraft Gesetzes für jede Person, hinsichtlich der gewisse tatsächliche Voraussetzungen gegeben sind. Ebensowenig heißt derjenige versicherungspflichtig, der die Leistung zu gewähren hat, sondern im Gegenteil derjenige, welcher sie zu empfangen hat. Die Versicherungspflicht ist also überhaupt keine Pflicht, sondern ein rechtlich-normierter Zustand, aus welchem bei Eintritt einer Erkrankung Ansprüche auf Vermögensleistungen ipso iure hervorgehen. (vgl. §§ 206 ff. RVO. und 213), Natürlich ist der Ausdruck „Versicherungspflicht" nicht so paradox und willkürlich wie es hiernach scheinen könnte. Denn dieser rechtliche, gewisse Ansprüche hervorrufende Zustand erzeugt auch zugleich in allen Fällen für den Versorgungsberechtigten die Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen an die KK. Die versicherungspflichtigen Arbeitnehmer haben — jedenfalls zur Zeit noch (§ 1 Ab-

Der Leistungsanspruch und die Beitragspflicht bestehen dem Träger der Versicherung gegenüber als zwei voneinander unabhängige, rechtlich getrennte Rechtsverhältnisse. Es handelt sich also nicht um Leistung und Gegenleistung, wie bei Schuldverhältnissen des BGB., sondern um ein öffentlichrechtliches Verhältnis.

Zweifelhaft ist nur, ob dieser sogenannte Anspruch ein wirklicher Anspruch im Rechtssinn ist, ein subjektives öffentliches Recht darstellt. Aber auch dies wird man schon im Hinblick auf die geschichtliche Entwicklung der Krankenversicherungsgesetzgebung wohl bejahen können. Das geht auch besonders daraus hervor, daß in der Krankenversicherungsgesetzgebung gleich von Anfang an dem Versicherten die Möglichkeit gegeben wurde, seinen Anspruch auf die Leistungen im Wege eines besonderen kontradiktorischen Verfahrens, das mit den üblichen Rechtsmitteln ausgestattet war, durchzusetzen ⟨KVG. vom 15. 6. 1883⟩.

Auch nach der RVO. ist es bei dieser Rechtslage geblieben. § 118 sagt, daß die Leistungen der Versicherungsträger keine öffentlichen Armenunterstützungen sind. Ist die versicherte Person mit der Tätigkeit der KK. nicht zufrieden, so kann sie im Wege des Streitverfahrens ⟨§ 1636 RVO.⟩ und zwar des Spruchverfahrens vor den Versicherungsbehörden die Kasse zur rechtmäßigen Leistungstätigkeit verurteilen lassen. Die Ansicht, daß das, was durch das kontradiktorische Streitverfahren geschützt werden soll, einen wirklichen Rechtsanspruch darstellt, wird noch dadurch gestützt, daß der Versicherungsträger nur dann festzustellen und zu leisten braucht, wenn ein entsprechender Antrag des Entschädigungsberechtigten vorliegt ⟨§ 1551 RVO.[8]⟩.

II. 1⟩ Kommt die KK. ihrer Leistungspflicht ohne Grund nicht nach, weigert sie sich also in schuldhafter Weise, insbesondere

---

schnitt 2 Art. 8 des Ges. über den Aufbau der Sozialversicherung vom 5. 7. 1934⟩ — 2/3, die Unternehmer 1/3 der Beiträge zu zahlen ⟨§ 381 Abs. 1 RVO⟩. Wenn gleich die Versicherungspflichtigkeit einer Person an und für sich keine Verpflichtung erzeugt, so hat sie doch ihr notwendiges Gegenstück in einer Zahlungspflicht. ⟨Laband, S. 292⟩. Diese Zahlungspflicht mit Rücksicht auf die Versorgungsberechtigung einer gewissen Person ist der juristische Kerngedanke der Versicherungspflicht; in ihr liegt der Schwerpunkt der Arbeiterversicherungsgesetze, da sich der staatliche Zwang natürlich nicht auf Annahme der Fürsorge, sondern auf Leistung der für ihre Gewährung zu zahlenden Beiträge richtet.

7⟩ Jellinek, S. 185.

8⟩ Denn hierdurch wird der Versicherungsträger erst in Tätigkeit gesetzt und dem Versicherten Macht über die KK. eingeräumt ⟨Fritz, S. 52⟩. So wird denn auch überwiegend im Schrifttum die Stellung des Versicherten zu den Versicherungsleistungen als subjektives öffentliches Recht anerkannt. ⟨Jacobi, Grundlehren, S. 441⟩; a. A. ⟨Stier-Somlo, Komm. § 537 Anm. 2⟩.

z. B. Krankenpflege zur Verfügung zu stellen ‹§ 182 RVO.›, so muß die Krankenkasse für den Schaden aufkommen, der dem Kassenmitglied durch schuldhafte Verweigerung oder Verzögerung der Behandlung entsteht.

Die KK. wäre nicht in der Lage, dem Verletzten von vornherein mit der Einrede der „Vorteilsausgleichung" den Boden für seine Schadensersatzklage zu entziehen. D. h. die Krankenkasse kann sich nicht darauf berufen, daß dem geschädigten Kassenmitgliede kein Schaden entstanden sei, da die Kasse ja sowieso auf Grund der §§ 182 ff. RVO. verpflichtet sei, den Schaden durch Gewährung von Krankenhilfe wieder gutzumachen. Ganz abgesehen davon, daß dieser Einwand überhaupt nur diejenigen Fälle treffen könnte, in denen der Schadensersatzanspruch des geschädigten Mitglieds die Höhe und Grenzen des gesetzlichen Anspruchs auf Leistung aus der Versicherung nicht überschreitet[9]›, ist die Einrede der Vorteilsausgleichung hier ganz allgemein für unzulässig zu erachten. Der verletzte Versicherte braucht sich nicht die Leistungen aus der Versicherung anrechnen zu lassen. Anderer Auffassung ist anscheinend das Reichsgericht: „Krankengeld und Invalidenrente sind dem Verletzten auf seinen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger anzurechnen"[10]›. Es liegt hier tatsächlich ein Fall vor, in dem die Vorteilsanrechnung in Frage stehen könnte: „Der Beschädigte erlangt durch die Schädigung uno actu einen Anspruch auf die Versicherungsgelder, dem damnum steht also ein lucrum gegenüber"[11]›. Dennoch ist die Ausdrucksweise des RG. unrichtig. Ein Fall einer echten Vorteilsausgleichung liegt nicht vor.

Zwar hat die Rechtsprechung immer betont, daß im Gegensatz zu Bezügen, die dem Beschädigten auf Grund eines Versicherungsvertrages zufließen, die auf Gesetz beruhenden Bezüge, wie die Witwen- und Waisengelder eines Beamten in Anrechnung zu bringen seien[12]›. Dagegen darf sich der Schadensersatzanspruch des Verletzten nicht ohne weiteres um die Versicherungsgelder mindern, wenn es sich um Leistungen aus der Sozialversicherung handelt. Der Fall ist m. E. im Ergebnis ebenso zu behandeln, als wenn es sich um Leistungen aus einem Privatversicherungsvertrag

9) Vorteilsanrechnung könnte daher z. B. niemals stattfinden, wenn der Kläger mit seinem Anspruch Schmerzensgeld oder Ersatz entgangenen Gewinns verlangen würde.

10) RG. Recht 1915 Nr. 2000.

11) Oertmann, Vorteilsausgleichung S. 147.

12) RG. in RECHT. 09, 267; RG. 92, 402/3; von Staudinger Bd. II, 1, S. 121.

handelte[13]). Man wird hier den Gesichtspunkt heranziehen müssen, daß der Versicherte in Form von Beiträgen (§§ 380 ff RVO.) ja für den ihm danach zukommenden Vorteil einen Entgelt geleistet hat; das in den Versicherungsleistungen bestehende „lucrum" ist also kein reines, sondern ein entgoltenes, und wollte man es zur Anrechnung verwenden, so würde der verletzte Versicherte doppelt belastet werden[14]).

Vereinzelt wird nun die Auffassung vertreten[15]), daß Schadensersatzansprüche gegen die Versicherungsträger innerhalb des Bereichs der RVO. überhaupt nicht zuzulassen seien. Es wird den Versicherten dort der Rechtsstreit vor den Versicherungsgerichten anempfohlen mit dem Ziel nachträglicher Leistung des zu Unrecht Verweigerten. „Selbst wenn die Abweisung durch die KK. zu unrecht erfolgt und wenn sie sogar fahrlässig, d. h. unter Außerachtlassung der pflichtgemäßen Sorgfalt erfolgt, so ist die Rechtslage nicht anders, als wenn die KK. irgend eine sonstige ihr obliegende Leistung schuldhaft verweigert oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig ausführt, z. B. die Zahlung des Krankengeldes verweigert, weil keine Arbeitsunfähigkeit vorliegt"[16]).

Dem kann nicht zugestimmt werden. Ein Rechtsstreit vor den Versicherungsgerichten, der ja nur das Verlangen auf Leistung aus der Versicherung zum Inhalt hat, kann dem Kassenpatienten nicht viel nützen, nachdem einmal der Schaden durch die Verweigerung der Behandlung eingetreten ist. Ferner kann man aus der Tatsache, daß in der RVO. keine Schadensersatzklagen des Kassenmitglieds gegen seine Kasse geregelt sind, nicht ohne weiteres den Schluß ziehen, daß Schadensersatzklagen überhaupt nicht zulässig sein sollen; richtig wäre nur der Schluß, daß solche Klagen nicht vor den Versicherungsgerichten anhängig gemacht werden können, da die Zahl der hier möglichen Klagen abschließend in der RVO. geregelt ist.

Grundsätzliche Bedenken, Schadensersatzansprüche der Kassenpatienten gegen die Kassen wegen versagter oder unvollständig gewährter ärztlicher Behandlung zuzulassen, bestehen daher nicht.

Als Grundlage für eine solche Haftung der KK. dem Mitgliede gegenüber kommt Art. 131 der Weimarer Verfassung vom

---

13) anders aber auch hier das RG. bezügl. der Unfallrente einer landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft: JW. 1911, 35 Nr. 12 anders auch Vizethum S. 32.

14) So mit Recht Oertmann, Komm. S. 62 oben.

15) So Häußner, DOK. 1933, 670 ff.

16) Häußner a. a. O., S. 671.

11. 8. 1919 i. Vbdg. mit § 839 BGB.[17]) in Betracht. Man könnte versucht sein, zunächst an die Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB. zu denken, indem man nicht mit Unrecht in der Vorschrift des § 182 RVO. ein den Schutz des Versicherten bezweckendes Gesetz erblickt. Jedoch wird diese Vorschrift von der Sondervorschrift[18]) des § 839 BGB. für die Fälle der Beamtenhaftung verdrängt.

Nach § 839 BGB. hat ein Beamter[19]), der vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Gegenüber den allgemeinen Deliktsvorschriften ist die Haftung also teils erweitert, teils beschränkt. Erstes Erfordernis ist, daß von einem Beamten eine Verletzung einer gegenüber einem Dritten obliegenden Amtspflicht vorgenommen worden ist. „Die Frage, wem gegenüber eine Amtspflicht obliegt, läßt sich nur im Hinblick auf die besondere Art der dem Beamten zur Amtspflicht gemachten Tätigkeit unter Berücksichtigung des Zwecks und der Interessen, denen sie dienen sollen, beantworten"[20]). Letzteres kann m. E. im vorliegenden Fall nicht zweifelhaft sein. Der KK. und ihren Beamten liegt ohne weiteres die Amtspflicht ob, dem Versicherten die im Gesetz vorgesehenen Leistungen (§§ 182 ff. RVO.) zu gewähren. Das ist umso sicherer, weil[21]) dem Mitgliede selber ein im Rechtsmittelweg verfolgbarer Anspruch auf die dort festgesetzten Leistungen, vor allem also auf Krankenpflege zusteht. Verletzt also ein Beamter der KK. diese ihm gegenüber dem Mitgliede obliegende Amtspflicht, indem er ohne Grund dem Antrage (§ 1551 RVO.) des Mitgliedes nicht nachkommt und nicht ohne schuldhaftes Zögern ärztliche Behandlung zur Verfügung stellt, so haftet er grundsätzlich, sofern ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit seines Verhaltens zur Last fällt.

§ 839 BGB. findet nun in Art. 131 eine wichtige Ergänzung. Hiernach[22]) trifft anstelle des Beamten die im § 839 bestimmte Verantwortlichkeit den Staat oder die Körperschaft, in deren Diensten der Beamte steht; dadurch wird also die unmittelbare Inanspruchnahme des Beamten durch den Verletzten ausgeschlossen. Dieser kann sich dann wegen seiner Schadensersatzforderung nur an den

17) Die Haftung nach Art. 131 führt über § 839. Wenn die Voraussetzungen des § 839 nicht gegeben sind, entfällt auch eine Haftung nach Art. 131. Enneccerus-Lehmann § 234, III 3, b, S. 798.
18) Enneccerus—Lehmann, § 234, I.
19) Über den Beamtenbegriff, siehe unten S. 56.
20) RG Recht, 1910, Nr. 700.
21) Enneccerus—Lehmann, S. 794; v. Staudinger § 839, Anm. 5a.
22) und in Vbdg. mit den Beamtenhaftungsgesetzen von 1909 und 1910.

Staat oder die öffentlich-rechtliche Körperschaft, hier also an die KK., halten[23]).

Art. 131 enthält nicht nur ein Programm für die künftige Gesetzgebung, sondern gibt unmittelbar anwendbares Recht und behält nur die nähere Regelung der Landesgesetzgebung vor. Der Beamtenbegriff ist allein aus Art. 131 zu entnehmen. Dieser Beamtenbegriff ist von dem des Reichsbeamtengesetzes[24]) und dem des Reichsstrafgesetzbuchs streng zu scheiden. Der Begriff im staatsrechtlichen Sinn bezieht sich nur auf das Innenverhältnis von Staat und Beamten, und für den Beamtenbegriff im Sinne des § 359 StGB. genügt allein die Anstellung im öffentlichen Dienst[25]). Für den Beamtenbegriff im Sinne Art. 131 ist hingegen nur wesentlich, daß die betreffende Person mit öffentlicher Gewalt bekleidet ist, in deren Ausübung sie widerrechtlich handelt[26]). Die Haftung kann also auch bei Personen begründet sein, denen das maßgebende Beamtenstaatsrecht die Beamteneigenschaft abspricht.

Sinn und Zweck des Art. 131 ist nämlich, an Stelle des verantwortlichen Beamten den Verband haften zu lassen, in dessen Dienst jener steht. Wie das Innenverhältnis zwischen diesem und dem Verband rechtlich ausgestaltet ist, kann für die Frage der Haftung keine Rolle spielen; denn sein Recht, öffentliche Gewalt auszuüben, zieht ebenfalls Pflichten nach sich, die zwar keine eigentlichen beamtenrechtlichen Pflichten sind, die aber doch andere sind als bloße Vertragspflichten. Eben weil er Hoheitsfunktionen ausübt, muß er sich auch hoheitliche Einschränkungen gefallen lassen; diese Einschränkungen werden für ihn durch die Amtspflichten bestimmt.

Danach kommt es also nicht darauf an, ob die Person tatsächlich eine staatsrechtliche Anstellungsurkunde erhalten hat oder ob sie nur auf Privatdienstvertrag angestellt ist, vielmehr nur darauf, daß überhaupt öffentliche Gewalt ausgeübt wird. Auch durch das Beamtenänderungsgesetz vom 30. 6. 33. ist darin keine Änderung eingetreten[27]).

Was nun den Begriff der öffentlichen Gewalt anbetrifft, so ist er nach der Rechtsprechung nicht in dem engen Sinn zu deuten, als müsse es sich um eine Ausübung obrigkeitlicher Gewalt handeln. Es fällt unter diesen Begriff vielmehr auch die Betätigung staat-

---

23) RG 96, 147.

24) RG 105, 335; 114, 200/1; 118, 243; 124, 159 (162); 142, 190. Anschütz Art. 131,4 S. 530. Fleiner S. 283.

25) Jaschkowitz JW 34, 1157

26) 124, 159; 114, 200/1.

27) RG 142, 193; vgl. den § 4 des Gesetzes; Jaschkowitz JW 34, 1157.

lichen Schutzes und staatlicher Fürsorge[28]). Wenn man z. B. schon die Registerführung von Konkursakten eines Kanzleiangestellten[29]) oder auch die Tätigkeit des in einem städtischen Krankenhaus oder einer Universitätsklinik behandelnden Arztes unter den Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt fallen läßt[30]), so muß das natürlich erst recht gelten für die Tätigkeiten der Beamten eines öffentlich-rechtlichen Versicherungsträgers.

Somit sind alle Erfordernisse dargetan, die zur Schlüssigkeit einer Klage gegen die KK. wegen Amtspflichtsverletzung eines ihrer Beamten oder Angestellten gehören.

Es ist hierfür unerheblich, ob es sich um pflichtmäßig Versicherte oder freiwillig beigetretene Mitglieder handelt, da auch diesen gegenüber der KK. die öffentlich-rechtliche Leistungspflicht obliegt, nämlich die Fürsorge für erkrankte Kassenmitglieder[31]).

In diesem Zusammenhang ist für den Versicherten noch die Bestimmung des § 839 Abs. 3 BGB. bedeutsam. Es tritt danach nämlich die Ersatzpflicht des Beamten nicht ein, wenn der Verletzte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden. Da die Vorschrift des Art. 131, die den Anspruch gegen die KK. vermittelt, nur insoweit Anwendung findet, als der Beamte nach § 839 haften würde, wenn er unmittelbar in Anspruch genommen werden könnte, muß notwendigerweise auch die Haftung der KK. entfallen, wenn der Verletzte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels[32]) abzuwenden. Als Rechtsmittel gegen die Abweisung des Anspruchs auf Krankenpflege steht ihm das Spruchverfahren vor den Versicherungsgerichten zu. Der Versicherte kann den abgelehnten Anspruch, solange darüber nicht im Spruchverfahren entschieden ist, beliebig oft bei der Kasse wiederholen, ohne daß diese ihm den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen halten darf[33]). Auch dieser Weg ist dem Versicherten zuzumuten, wenn nicht von vornherein die Aussichtslosigkeit seines Bemühens wegen besonderer Umstände feststeht. Ein Unterlassen dieser „Rechtsmittel" ganz abgesehen vom Verschulden kann dem Versicherten natürlich nur dann entgegengehalten werden, wenn mit Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden konnte, daß durch die Einlegung des Rechtsmittels

28) RG 91, 273, 102, 32, 114, 20, 118, 243, 120, 164. Fleiner, S. 281.
29) RG 118, 243.
30) KG in JW 1929, 2287. OLG Hamburg in Krankenhauswesen 1927, 401 ff. und in HRR 29, 1316.
31) vgl. RG. JW. 1934, 1463, RG. HRR. 1929, Nr. 2103.
32) Nicht im rechtlichen Sinne gemeint.
33) Lehmann, RVO. § 1551 Anm. 3.

eine rechtzeitige ärztliche Behandlung garantiert und damit die Entstehung des Schadens verhindert würde. Letzteres mag aber wohl nur in den seltensten Fällen zutreffen, so daß es kaum Fälle geben wird, in denen die Klage des verletzten Kassenmitglieds wegen schuldhafter Nichteinlegung von Rechtsmitteln als unbegründet abgewiesen werden müßte.

2) Dieselben Haftungsgrundsätze finden auch Anwendung, wenn dem Versicherten ohne Grund die Einweisung in ein Krankenhaus (§ 184 RVO.) verweigert wird. Daß dies ohne weiteres in den Fällen der erweiterten Krankenpflege bei Hausgehilfen und unter Umständen bei landwirtschaftlichen Arbeitern (§§ 426, 429, 437 RVO.) gilt, ist klar, da hier die bezeichneten Kassenmitglieder einen gesetzlichen Anspruch auf Krankenhauspflege haben, in demselben Maße, wie jedem Versicherten ein Anspruch auf ärztliche Behandlung zusteht. Aber auch im Falle des § 184 RVO. müssen dem Kassenpatienten Schadensersatzansprüche zuzubilligen sein, wenn sich die verantwortlichen Beamten der KK. einer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht haben. Es ist oben[34]) schon dargelegt worden, daß eine Rechtspflicht der KK. zur Gewährung von Krankenhauspflege auch in dringenden[35]) Fällen nach § 184 RVO. nicht besteht, daß es aber andererseits doch keineswegs im Belieben der KK. stände, ob sie im Einzelfall die Krankenhauspflege anordnen wolle oder nicht. Es hat vielmehr das pflichtgemäße Ermessen darüber zu entscheiden, ob an Stelle der Krankenpflege oder des Krankengeldes Krankenhauspflege zu gewähren sei[36]). Man wollte bei Beratung der Reichsversicherungsordnung keine starre Verpflichtung zur Gewährung von Krankenhauspflege allgemein festlegen, weil die Verhältnisse zu verschieden sind. Dem widerspricht es aber nicht, wenn das pflichtgemäße Ermessen im Einzelfall die Entscheidung treffen soll. Daß dies der Wille des Gesetzgebers ist, ergibt sich auch aus der Entstehung des § 184 RVO; in der Begründung zur RVO.[37]) heißt es ausdrücklich, die Entscheidung solle nach wie vor nicht in das Belieben der Krankenkassen, sondern in ihr pflichtgemäßes Ermessen gestellt werden.

Handelt es sich aber um das pflichtgemäße Ermessen, so ist zwar innerhalb des Spielraums, den dieses Ermessen gibt, eine

---

34) S. 1 ff der Arbeit.

35) RVA. JW 1934, 1382; a. A.: Versicherungsamt München, ArbVers. 1927, 297.

36) RG JW 1934, 485; RVA JW 1934, 1382; Sauerborn in RVO – Handkomm. § 182 Anm. 2.

37) § 199 Entwurf, S. 156.

gerichtliche Nachprüfung, sei sie strafrechtlich oder zivilrechtlich, ausgeschlossen[38]). Der über die Gewährung von Krankenhauspflege Entscheidende macht sich verantwortlich, sobald seine Entschließung außerhalb der durch das pflichtgemäße Ermessen eines objektiven Beurteilers gezogenen Grenzen liegt, und er dies erkannt hat oder hätte erkennen müssen. Das Reichsgericht hat dies für die strafrechtliche Verantwortung ausgesprochen[39]) und hat in solchen Fällen des Ermessensfehlers den Tatbestand der fahrlässigen Körperverletzung (§ 230 Abs. 2 StGB.) für vorliegend erachtet. M. E. ist der Fall der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit entsprechend zu lösen. Denn wenn das Reichsgericht sogar wegen fahrlässiger Körperverletzung bestraft, so ist nicht einzusehen, warum der Schuldige nicht auch zivilrechtlich haftbar gemacht werden könnte, somit also einer Haftung der KK. nach § 839 BGB. und Art. 131 grundsätzliche Bedenken nicht mehr im Wege ständen. Im einzelnen macht das Strafurteil des Reichsgerichts hinsichtlich des Ermessens noch folgende Ausführungen[40]):

„Selbst wenn nach Art und Schwere der Erkrankung eine wirksame Behandlung nur im Krankenhaus erfolgen kann, ist die KK. nicht ohne jede Rücksicht auf die Kosten zur Gewährung von Krankenhauspflege verpflichtet. Die Kostenfrage wird in solchen Fällen häufig, vielleicht sogar meist, vor den Interessen des Erkrankten zurücktreten müssen. Das Interesse der anderen Versicherten erheischt aber zuweilen, daß auch eine weniger wirksame Heimbehandlung eintreten muß, wo eine Krankenhausbehandlung zweckmäßig wäre. Die KK. darf ihre verfügbaren Mittel selbst bei schwereren Krankheitsfällen durch Gewährung von Krankenhauspflege nicht derartig in Anspruch nehmen, daß die ärztliche Versorgung der übrigen Versicherten dadurch gefährdet würde. Es ist die vornehmste Aufgabe dessen, der über die Gewährung von Krankenhauspflege zu entscheiden hat, die ärztliche Notwendigkeit einer solchen Pflege gegen die Belange der KK. abzuwägen. Ob die Gründe aus der Person des Kranken, oder die aus der Kassenlage des Versicherungsträgers bei der Entscheidung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des unparteiischen objektiven Beurteilers überwiegen, hat der Richter zu entscheiden. Bei der Beurteilung der ärztlichen Notwendigkeit für die Heilung des Erkrankten wird Ausgangspunkt in der Regel die Meinung

38) Vgl. RG: Leipz. Z. 1923 Sp 348 = Recht 1923, 885, Recht 1926 Nr. 192, RG Bd. 113 S. 20,

39) RG. in JW. 1934, 484 ff.

40) a. a. O. S. 485.

des Arztes sein, denn der Vorstand oder Angestellte der Kasse wird meist über keine oder keine genügenden medizinischen Kenntnisse verfügen. Bei Zweifeln, z. B., wenn der behandelnde Arzt für seine Überweisung keine Gründe angegeben hat, wird man dem Beurteiler ansinnen müssen, daß er bei dem Arzte, der die Überweisung ausgesprochen hat oder bei sonst in Betracht kommenden Stellen die zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlichen Rückfragen stellt, sofern dies nach Lage der Sache möglich ist und keine außergewöhnlichen Kosten verursacht."

Ausschlaggebend für die Entscheidung muß jedoch immer in erster Linie die Heilung des Kranken sein. Daher wird man an die KK. weitgehende Anforderungen stellen müssen; als zureichenden Ablehnungsgrund einer Behandlung im Krankenhaus wird man nur eine tatsächliche Unmöglichkeit dazu anerkennen können[41]; nur dann wird man die KK. von dem Vorwurf eines Ermessensmißbrauchs befreien können, — jedenfalls muß das für die Fälle der in § 184 IV RVO. geregelten „Soll-Pflicht" gelten — wenn die Geldmittel der KK. völlig erschöpft sind oder die Krankenhäuser in ihrem Bereich schon belegt sind.

Überschreitet hiernach derjenige, der über die Gewährung von Krankenhauspflege bei der KK. zu entscheiden hat, schuldhaft den Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens, sieht er etwa jederzeit, ohne Rücksicht auf die Lage des Einzelfalles, von einer Einweisung ab, oder handhabt er sein Amt willkürlich, oder läßt er z. B. die Anträge auf Krankenhausbehandlung einfach verbummeln, so haftet er nach § 839 BGB. und die KK. gemäß Art. 131 § 839 BGB. für sein Verschulden. Es gilt das entsprechende, was oben[42] über die Haftung der KK. wegen Verweigerung ärztlicher Behandlung gesagt worden ist.

III. Im folgenden ist nun die Frage zu untersuchen, ob und inwieweit die KK. für Schäden aufkommen muß, die dem Kassenpatienten durch fehlerhafte ärztliche Behandlung entstehen, nachdem die KK. diese dem Versicherten zur Verfügung gestellt hat. Es sollen hier die Fälle der ärztlichen Behandlung durch Kassenärzte, durch Krankenhäuser und Vertrauensärzte nacheinander behandelt werden. Als rechtliche Grundlage für solche Ansprüche gegen die KK. kommen die Vorschriften der §§ 278, 831 BGB. in Betracht.

1. Die überragende Bedeutung des § 278 BGB. liegt, wie bereits ausgeführt wurde[43], insbesondere darin, daß der Schuldner

41) vgl. Hafner in Bem. zu RG. JW. 1934, 484 ff.
42) Vgl. S. 23 und 24 ff der Arbeit.

ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden für Verschulden seiner Hilfspersonen aufkommen muß. Wenn man § 278 BGB. auf die genannten Fälle für die Haftung der KK. anwenden könnte, bestände also immer die Möglichkeit, daß sich das durch fehlerhafte ärztliche Behandlung verletzte Kassenmitglied nicht nur an die unmittelbaren Schädiger, wie Ärzte und Krankenschwestern usw. halten, sondern auch im vollen Umfange jederzeit die KK. für das Verschulden jener Personen haftbar machen könnte.

a) Es erhebt sich nun aber die Frage, ob es überhaupt angängig ist, § 278 BGB., eine Vorschrift des Privatrechts, auch auf öffentliche Rechtsverhältnisse anzuwenden[44], um somit zu einer Haftung der KK. gegenüber dem Versicherten gelangen zu können. In der Tat war es lange Zeit zweifelhaft, ob eine ensprechende Anwendung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts möglich sei oder nicht. Nur langsam hat sich die Rechtsprechung, insbesondere die des Reichsgerichts zur Bejahung der Frage durchgerungen. Heute stehen Rechtsprechung und Schrifttum fast einhellig auf dem Standpunkt, daß der Rechtsgedanke des § 278 auf öffentlichrechtliche Vertragsverhältnisse oder wenigstens vertragsähnliche Verhältnisse angewendet werden müsse.

Hingegen wurde in der älteren Rechtsprechung eine Anwendung des § 278 auf öffentliche Verhältnisse abgelehnt. So entschied das Reichsgericht (RG. 59, 197), daß eine Invalidenversicherungsanstalt, die einen Kranken in einem ihr gehörigen Krankenhaus untergebracht hat, diesem aus dem Grund nicht haftet, weil es sich um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis handelt[45].

Bei dieser Auffassung ist jedoch das Reichsgericht nicht stehen geblieben, sondern hat eine immer deutlicher werdende Schwenkung zu der oben wiedergegebenen entgegengesetzten Meinung vorgenommen.

43) Vgl. oben S. 13 ff der Arbeit.

44) Die Entscheidung des großen Senats des RVA., die am 6. April dieses Jahres ergangen ist, steht nicht entgegen, da sie nur allgemeine Erörterungen über die entsprechende Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im öffentl. Recht der Sozialversicherung anstellt, nicht aber den Spezialfall des § 278 behandelt.

45) „Das Gesetz schreibt vor, was dem Versicherten zu gewähren ist und von wem die Kosten aufzubringen sind. Dem Vertragswillen ist nirgends Raum gelassen und die Möglichkeit, daß der Versicherte eintretendenfalls auf die ihm zu gewährenden Leistungen verzichten kann, ist nicht ausreichend, dem im übrigen der Verfügungsmacht der Beteiligten entzogenen Verhältnis die rechtliche Bedeutung eines Vertrages zu geben, die die Versicherungsanstalt durch Gewährung der im Gesetz bestimmten Leistungen zu erfüllen habe. Wenn daher die Revision gemeint hat, hier von einem Zwangsvertrag zu sprechen, so ist das abzulehnen."

Bereits in der Entscheidung ⟨RG. 65, 113⟩ erkennt derselbe Senat[46]⟩ des Reichsgerichts eine analoge Anwendung unter gewissen Voraussetzungen an, denn auch öffentlich-rechtliche Verhältnisse erzeugten Rechte und Verbindlichkeiten, die unter analoger Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Rechts zu beurteilen seien und deren Verletzung zum Ersatz des dadurch dem anderen Teil zugefügten Schadens nach eben diesen Vorschriften verpflichte:

„Zu dieser Auffassung wird man schon durch die Erwägung gedrängt, daß, wenn die analoge Anwendung des Bürgerlichen Rechts ausgeschlossen wäre, dann der Rechtsweg überhaupt unzulässig wäre. Der Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch die Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht entsteht, ist aber regelmäßig im ordentlichen Rechtswege zu verfolgen und nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts zu beurteilen.

Soweit sich aus dem Geschäft nichts anderes ergibt, sind auf das Rechtsverhältnis der Parteien die Vorschriften des BGB. analog anzuwenden. Nach ihnen ist das Maß der Sorgfalt zu beurteilen, das die Parteien in ihren Beziehungen zueinander zu betätigen haben".

Da es sich in dieser Entscheidung um das Rechtsverhältnis einer Berufsgenossenschaft zum Reichspostfiskus, also um ein vertragsähnliches Rechtsverhältnis zwischen zwei Gebilden des öffentlichen Rechts handelt, das daher ebenso gut auch einen bürgerlich-rechtlichen Vertrag darstellen könnte, wird man einen direkten Widerspruch der beiden genannten Entscheidungen noch nicht erblicken können.

Auch in der Entscheidung ⟨RG. 76, 163⟩ III. Zivilsenat, läßt es das Reichsgericht noch ausdrücklich offen, ob man in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall, wo es sich um das Rechtsverhältnis zwischen dem beklagten Knappschaftsverein und dem klagenden Mitglied handelte, zu einer entsprechenden Anwendung des § 278 schreiten könne.

Wenn auch in weiteren Entscheidungen das Reichsgericht noch verschiedentlich bei Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten dahin entschieden hat, daß der Schadensersatzanspruch nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sei, und sich immer mehr die Neigung zeigte, daß insbesondere § 278 auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse Anwendung finden sollte, so handelte es sich hier doch

46⟩ VI. Zivilsenat.

aber meist um Rechtsverhältnisse, die vertragsähnliche Züge aufwiesen[47]), insbesondere ist nicht ersichtlich, ob der in RG. 59, 197 vertretene Standpunkt endgültig aufgegeben war oder nicht.

Klarheit brachte erst die bedeutsame Entscheidung des Reichsgerichts: (112, 220). Dort war eine Frau zur unentgeltlichen poliklinischen Behandlung in das städtische Krankenhaus aufgenommen und fahrlässigerweise mit giftiger Salbe gegen Krätze behandelt worden. Obwohl es sich dort also um eine rein öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu einer sachgemäßen Behandlung der Stadtgemeinde gegenüber der Patientin handelte, ließ das Reichsgericht die Stadt gemäß § 278 haften.

> „Über ihre allgemeine Fürsorgepflicht hinaus erwuchs der Stadt gerade der Frau gegenüber eine besondere Verpflichtung bestimmten Inhalts, für deren schuldhafte Verletzung durch die von ihr berufenen Hilfspersonen sie aufzukommen hat. Denn der Rechtsgedanke, der im § 278 für das Privatrecht seinen Niederschlag gefunden hat, gilt auch für die öffentlich-rechtlichen Verhältnisse, es sei denn, daß die Eigenart des einen oder des anderen seine Anwendung ausschließt. Das trifft im gegebenen Falle jedoch nicht zu; man würde vielmehr den Begriff der Fürsorge in sein Gegenteil verkehren, wenn man die öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen den in Gemeindekrankenhäusern unentgeltlich behandelten Personen und den Gemeinden nicht in den Herrschaftsbereich des in § 278 BGB. enthaltenen Rechtsgrundsatzes fallen ließe" (RG. 112, 293).

Damit ist also die in RG. 59, 197 dargelegte Stellungnahme endgültig aufgegeben. Auch hat das Reichsgericht entschieden[48]), daß ebenfalls auf öffentlich-rechtliche Verpflichtungen eines Verbandes von Krankenkassen zur Gewährung einer sachgemäßen Behandlung in einem vom Verband selbst eingerichteten Ambulatorium der Rechtsgedanke des § 278 entsprechend anwendbar sei. Somit ist die Stellungnahme der Rechtsprechung klar: § 278 findet auch auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse Anwendung, sofern ein bestimmtes vertragsähnliches Verhältnis oder eine Verpflichtung gegenüber bestimmten Personen im Gegensatz zu der der Allgemeinheit gegenüber bestehenden Verpflichtung vorliegt, und soweit nicht

47) RG. 78, 329, 91, 21, 97, 44, 98, 343, 99, 97, 102, 6.
48) RG. in JW. 1931, 1458 Nr. 5.

die Eigenart des Rechtsverhältnisses seine Anwendung ausnahmsweise ausschließt[49].

Ebenso wie die frühere Rechtsprechung stand auch die ältere Literatur auf dem Standpunkt, daß § 278 BGB. im öffentlichen Recht nicht anwendbar sei[50].

Josef[51] sagte, wenn der Staat oder die Gemeinde aus Gründen öffentlicher Fürsorge leistet, — sei es nun im Wege der Armenpflege oder der öffentlich-rechtlichen Versicherung —, so erfolge das auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses, bei dem eine Leistung erfolge, die genau das Gegenteil eines im BGB. geregelten Schuldverhältnisses sei. Deshalb sei § 278 unanwendbar.

Daß das öffentlich-rechtliche Verhältnis nicht mit einem bürgerlich-rechtlichen Vertrag in eine Reihe zu setzen ist, wird niemand leugnen. Aber der Umstand, daß das Verhältnis der Verfügungsmacht der Beteiligten entzogen ist, ist nicht geeignet, eine analoge Anwendung des allgemeinen Rechtsgedankens des § 278 auszuschließen. Wenn auch die Leistung in einer jeder Verfügung entzogenen, genau vorgeschriebenen Weise erfolgt, so liegt es doch in der Hand des Leistenden, also hier der juristischen Person des öffentlichen Rechts oder ihrer Hilfspersonen — ob die Leistung gut oder schlecht erfolgt. Mit anderen Worten: das, was geleistet werden soll, steht fest; aber wie es geleistet werden soll, liegt in der Hand des Schuldners, und dafür soll er haften, gleichgültig, ob er dem öffentlichen oder Privatrecht angehört[52].

Auch Rümelin[53] wandte sich gegen die strenge Haftung des § 278, insbesondere bei den öffentlichen Krankenanstalten. Vor allem glaubte er, daß die Erfüllungsgehilfenhaftung eine allzu große Belastung des Staates bedeuten würde. „Die Prozesse würden wie Pilze aus der Erde schießen, die Fälle der Rentenhysterie würden sich noch erheblich vermehren, wenn einmal die staatliche Ersatzpflicht anerkannt wäre. Der Kranke, der sich scheut, den Arzt oder den Wärter, die sich für ihn aufgeopfert haben, zu verklagen, wird kein Bedenken tragen, seine Nöten auf den breiten Rücken des Fiskus abzuladen[54].

Auch dieses Bedenken gegen die entsprechende Anwendung des § 278 ist nicht gerechtfertigt. Denn der Staat hat ja, wie

49) RG. 102, 8; 103, 296; 118, 42; 120, 163; 126, 253; 130, 97; 131, 73; JW. 1931, 1459; DRZ. 1931, 5.
50) Josef, in Gruch. 58, 638 ff.; Planck, Bd. II.
51) a. a. O.
52) Calmer, S. 31—32.
53) Rümelin, S. 64—65.
54) Rümelin, S. 65 oben.

Rümelin selbst betont, in seinen Kliniken und Krankenhäusern mustergültige Einrichtungen geschaffen. So ist es also auch nicht zu befürchten, daß allzu häufig Patienten durch fahrlässiges Verhalten des Krankenhauspersonals geschädigt werden. Die Fälle, in denen der Staat zur Leistung von Schadensersatz verurteilt wird, dürften so selten sein, daß sie für ihn keine untragbare Belastung bedeuten[55]).

Abgesehen von jenen Bedenken sind im Schrifttum keine weiteren Einwendungen gegen die entsprechende Anwendung des § 278 geltend gemacht worden, die überzeugen könnten. So ist man denn auch im Schrifttum mit Recht allgemein der in RG. 112, 290 zum Ausdruck gekommenen Auffassung des Reichsgerichts, das sich vor allem auf Billigkeitserwägungen stützt[56]) gefolgt, sodaß heute tatsächlich kaum[57]) jemand mehr die Anwendungsmöglichkeit des § 278 im öffentlichen Recht bestreitet[58]).

b) Für die Anwendung des § 278 ist es gleichgültig, welcher Art die Verbindlichkeit ist, ob rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Natur[59]). Weiterhin ist die Anwendung des § 278 nicht davon abhängig, daß der Schuldner die Leistung, deren Ausführung er dem Erfüllungsgehilfen übertragen hat, auch selbst auszuführen imstande ist, sondern lediglich davon, ob er zu dieser Leistung verpflichtet ist[60]). Immer aber muß es sich um eine überhaupt schon bestehende Schuldverbindlichkeit handeln.

aa) An einer solchen fehlt es aber dann, wenn der Versicherte von einem Kassenarzt oder in einem Krankenhaus behandelt wird, das der KK. nicht selber gehört, denn die Kasse erfüllt ihre öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen gegenüber ihren Mitgliedern gemäß §§ 80 ff. RVO.[61]) dadurch, daß sie ihnen Kassenärzte oder Krankenhausbehandlung zur Verfügung stellt und deren Bezahlung übernimmt.

Das Reichsgericht führt hierzu aus[62]): „Die Fürsorgepflicht geht auf die Gewährung eines zur Behandlung geeigneten und bereiten Arztes, aber sie erstreckt sich nicht auch auf die zum Zwecke

55) Calmer, S. 35.
56) RG. 112, 293, vgl. S. 34 der Arbeit.
57) Jedoch Ebermayer, „Arzt im Recht" S. 109, aber ohne Begründung, insbesondere ohne RG. 112 zu erwähnen.
58) Für die herrschende Ansicht: Enneccerus-Lehmann § 44 II 5, Örtmann § 278, 3a S. 165, Staudinger § 278, S. 297, I 4, RGRK. § 278 S. 487, Erasmy, S. 33.
59) RG. 138, 5.
60) RG. 64, 234.
61) Vgl. S. 1 ff der Arbeit.
62) RG. 74, 163 ff.

der Heilung vom Arzte nach eigenem Ermessen getroffenen Anordnungen. Gewährt die Kasse innerhalb der ihr nach Gesetz oder Satzung zustehenden Befugnis an Stelle freier ärztlicher Behandlung und Arznei freie Kur und Verpflegung in einem Krankenhaus, so genügt sie der Fürsorgepflicht, wenn auf ihre Kosten der Erkrankte im Krankenhaus Aufnahme und auch ärztliche Behandlung und Verpflegung findet. Die Durchführung der Behandlung und Verpflegung selbst zählt nicht zu den der Kasse dem Erkrankten gegenüber obliegenden Naturalleistungen" ⟨RG. 74, 165⟩[63].

Zu demselben Ergebnis gelangt auch das Reichsversicherungsamt[64] und die mit Recht herrschende Lehre[65]. Heinemann[66] sagt:

> „Die Krankenkasse schuldet nicht bestimmte einzelne ärztliche Leistungen, wie etwa eine Blinddarmoperation oder eine Magenspülung, sondern schlechthin nur, wenn ich einmal so sagen darf, die Lieferung eines Arztes. Was der Arzt mit dem Versicherten vornimmt, wie er ihn behandelt, steht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Arztes, ohne daß damit so und soviel, ständig wechselnde Einzelverpflichtungen der Kasse zutage kämen. Wo so vieles vom persönlichen Vertrauen, persönlicher Einwirkung und erfahrungsreicher Auffassung abhängt, wie im Heilberuf, kann dies gar nicht anders sein".

bb⟩ Anders ist die Sachlage nur dann zu beurteilen, wenn sich das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis in einer von der KK. selbst eingerichteten oder verwalteten Heilanstalt ⟨Erholungs- und Genesungsheim oder ähnliche Einrichtung⟩ ereignet hat; denn in einem solchen Falle übernimmt die Kasse ebenso die weitergehende Verpflichtung zur Gewährung sachgemäßer ärztlicher Hilfe, als ob sie Unternehmerin eines Krankenhauses wäre[67]. Als Unternehmerin der Anstalt haftet sie für eine sachgemäße Durchführung der Krankenpflege; sie hat also in diesem Falle das Verschulden der Ärzte und ärztlichen Hilfpersonen im gleichen Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden, ohne Rücksicht darauf, ob ihr selbst ein Verschulden bei der Auswahl oder Überwachung zur Last fällt.

63⟩ s. auch RG. in JW. 1915, 916⁴; RG. HRR. 32, 1831. Für d. entspr. Oest.R.OGH. Wien JW. 1931, 1532.

64⟩ RVA. vom 8. 5. 1930 Monatsschr. 1930, Sp. 658/9.

65⟩ Dersch § 43, 3 d III S. 373; Hahn-Kühne, § 182 Anm. 3 S. 262; § 368 Anm. 1 c S. 565; Hoffmann, S. 113; Heinemann, S. 26.

66⟩ BK. 1931, 269 ⟨270⟩.

67⟩ Hoffmann, § 184 S. 113; RG. in JW. 1931 1458; AG. Berlin in Volkstüml. Ztschr. 1930, 234; Philipsborn, S. 83.

Auch durch die neuere Gesetzgebung[68] ist darin bisher noch keine wesentliche Änderung eingetreten. Zwar ist jetzt der Betrieb von Heilanstalten, Erholungs- und Genesungsheimen und ähnlichen Einrichtungen, also auch z. B. der Betrieb von Röntgeninstituten den Landesversicherungsanstalten als Gemeinschaftsaufgabe im Sinne des Aufbaugesetzes[69] übertragen worden. Trotz der öffentlich-rechtlichen Übertragung des Betriebs auf die Landesversicherungsanstalt ist ihre Ergänzung durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte erforderlich[70]. Soweit also der Leiter der Landesversicherungsanstalt die Übernahme noch nicht angeordnet hat, oder ein besonderer Übernahmevertrag zwischen Eigentümer und Landesversicherungsanstalt noch nicht geschlossen worden ist, verbleibt es ohne weiteres beim alten Rechtszustand. Liegen aber die beiden Voraussetzungen vor, und ist der gesamte Betrieb von der Landesversicherungsanstalt übernommen worden, kann eine Haftung der KK. gemäß § 278 BGB. nicht mehr eintreten. Denkbar ist aber auch, daß der Betrieb von der Landesversicherungsanstalt zunächst übernommen wird, im Einzelfall jedoch an die KK. lediglich zur Ausübung zurückübertragen wird, dann muß wiederum die KK. nach § 278 haften, denn immer kommt es darauf an, wer die Anstalt leitet und wer den Betrieb durchführt.

cc) Sehr zweifelhaft ist nun die Frage, ob der Vertrauensarzt, der gemäß § 369b RVO. die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten und die Verordnung von Versicherungsleistungen in den erforderlichen Fällen nachzuprüfen hat, Erfüllungsgehilfe der KK. im Sinne von § 278 BGB. ist. Das Reichsgericht hat diese Frage in einer Entscheidung[71], die viel Widerspruch ausgelöst hat, bejaht.

Der Sachverhalt war kurz folgender:

Der behandelnde Arzt schreibt den Kranken arbeitsunfähig, worauf die Kasse ärztliche Behandlung und Krankengeld gewährt. Nach einiger Zeit läßt die KK. den Erkrankten durch ihren Vertrauensarzt untersuchen. Dieser erklärt, daß der Patient gesund und arbeitsfähig sei und die Lunge keinen krankhaften Befund aufweise. Die KK. stellt daraufhin sofort ihre Leistungen ein. Nach zwei Monaten läßt sich der Patient bei einem auswärtigen Facharzt untersuchen, und dieser stellt eine fortgeschrittene tuberkulöse Lungenerkrankung fest, die bei einigermaßen sorgfältiger

68) Vgl. Gesetz über den Aufbau der Sozialversicherung vom 5. 7. 1934, und III. Durchführungsverordnung vom 18. 12. 1934.

69) Vgl. Abschn. II Art. 2 § 1.

70) Knoll, Das neue deutsche Reichsrecht, IV a 12 S. 20.

71) RG. JW. 1931, 1461[6], oder RG. 131, 67 ff.

Untersuchung schon durch den Vertrauensarzt hätte erkannt werden müssen. Der Facharzt erklärt ferner, daß bei rechtzeitiger Erkenntnis und Behandlung das Leiden zweifellos zum Stillstand gekommen wäre.

Die Annahme des Reichsgerichts, daß die KK. für das Verschulden des Vertrauensarztes aufkommen müsse, ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden, hat im Schrifttum wenig Anklang gefunden[72]; umsomehr ist aber dort die Auffassung des Reichsgerichts bekämpft worden[73].

Die meisten Gegner begründen ihre ablehnende Haltung damit, daß sie dem Reichsgericht vorwerfen, es habe den Begriff des Erfüllungsgehilfen falsch ausgelegt. Oswald[74] geht von dem Beispiel des Maurergesellen aus, welchem der Maurermeister eine Arbeit ganz oder teilweise überträgt, wenn der Meister die Ausführung der Arbeit seinem Gesellen übertrage, so gäbe er damit stillschweigend zu, daß die Leistungen und Maßnahmen des Gesellen als seine eigenen gelten sollen; der Geselle sei daher Erfüllungsgehilfe. Der Vertrauensarzt könne aber deswegen nicht Erfüllungsgehilfe sein, weil hier die endgültige Entscheidung bei der Kasse liegt. Daß zwischen diesen beiden Rechtslagen ein Unterschied bestehen soll, ist nicht einzusehen, denn auch der Handwerker, der den Gesellen eine Arbeit machen läßt, entscheidet endgültig, ob er sie billigt oder noch einmal vornimmt. Zum Begriff des Erfüllungsgehilfen ist nur wesentlich, daß er an einer Verbindlichkeit des Schuldners mit dessen Willen mitwirkt.

Ebenso wenig kann man deswegen dem Vertrauensarzt die Erfüllungsgehilfeneigenschaft absprechen, weil die KK. dem Vertrauensarzt keine Anweisungen geben darf, wie er zu entscheiden habe. Oben[75] ist bereits ausgeführt worden, daß es auf die unselbständige oder selbständige Stellung des Erfüllungsgehilfen nicht ankomme; zum Begriff des Erfüllungsgehilfen ist keineswegs erforderlich, daß er den Weisungen des Geschäftsherrn folge, oder daß dieser mindestens die Möglichkeit haben müsse, bei Übertragung des Auftrags Anweisungen zu geben. So hat das Reichsgericht[76] nach § 278 BGB. eine Stadtgemeinde wegen Verschuldens eines

72) Jedoch z. B. bei Thiersch, in JW. 1931, 1461 in der Anmerkung zur Entscheidung, und die von Sontag DK. 1933, 325 Zitierten.

73) Oswald, Arbeiterversorgung 1932, 36. Werthauer, DK. 1932, 166. Grünebaum, DK. 1931, Sp. 984. Paech, DK. 1931, 262 ff.; Häußner, DOK. 1933, 670 ff.

74) Arbeiterversorgung 1932, 36.

75) S. 13—14 der Arbeit.

76) RG. 83, 71.

Krankenhausarztes anläßlich einer Operation haften lassen, und das, obwohl es doch hier wohl keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Stadtgemeinde sich jeder Anweisung an den Arzt enthalten hat und auch notwendig enthalten mußte, weil die Organe einer Stadt für Operationen nicht fachkundig sind[77]).

> „Die Frage, ob jemand Erfüllungsgehilfe eines Dritten ist, kann überhaupt nicht allgemein, sondern nur nach der Gestaltung des Einzelfalls entschieden werden. Es kommt dabei auch nicht auf die Rechtsbeziehungen des Gehilfen zu dem Verpflichteten an. Ausschlaggebend ist vielmehr, wie er dem Berechtigten gegenüber tritt. Erforderlich und genügend ist, daß er bei der Vertragserfüllung als Hilfsperson des Schuldners mitwirkt"[78]).

Gegen den Begriff des „Erfüllungsgehilfen" in der Anwendung auf Fälle dieser Art wird man daher juristische Bedenken nicht herleiten können. Anders steht es jedoch um die Frage, ob überhaupt eine Schuldverbindlichkeit der KK. dem Versicherten gegenüber bestand, in deren Erfüllung der Vertrauensarzt dem Versicherten Schaden zugefügt hat. Diese Frage ist entgegen der Ansicht des Reichsgerichts zu verneinen.

Zwar ist dem Reichsgericht[79]) darin Recht zu geben, daß auch die besonderen Untersuchungen der Versicherten durch einen Vertrauensarzt niemals reine Verwaltungsmaßnahmen darstellen, sondern Ausfluß der der Kasse obliegenden allgemeinen Fürsorgepflicht sind. Ist die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der Fürsorgepflicht der Kasse aber nur ein Teil der ihr obliegenden allgemeinen öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Fürsorge für die bei ihr versicherten Personen, so erschöpft sich diese ihre Pflicht mit der Bereitstellung von Ärzten. Die KK. haftet niemals für sorgfältige, erfolgreiche ärztliche Behandlung, sondern nur dafür, daß sie dem Versicherten eine notwendige ärztliche Behandlung zugänglich macht. Die KK. hat lediglich die Verpflichtung, ärztliche Behandlung zu gewähren. „Keineswegs hat sie die Pflicht, eine richtige Auskunft über die Krankheit und die Art ihrer Heilung zu geben"[80]). Wieso hier das Reichsgericht bei ausdrücklicher Überweisung eines Kassenpatienten an den Vertrauensarzt eine über das öffentlich-rechtliche Verhältnis der allgemeinen Fürsorge hinausgehende „besondere

77) Vgl. Sontag, DK. 1933, 326.
78) RG. 108, 223.
79) RG. in JW. 1931, 1463.
80) So mit Recht: Häußner, DOK. 1933, 671.

Verpflichtung bestimmten Inhalts, nämlich zu sorgfältiger, sachgemäßer Untersuchung" annehmen kann, ist nicht überzeugend. Denn die öffentlich-rechtliche Pflicht der Kasse umfaßt eben nicht die Verbindlichkeit zur Durchführung der ärztlichen Behandlung, auch nicht in der Form der Feststellung der Notwendigkeit einer solchen Behandlung durch den Vertrauensarzt[81]. Eine Haftung der KK. gemäß § 278 kann daher für schuldhaftes Verhalten des Vertrauensarztes nicht eintreten, sei es nun, daß dieser ein falsches Gutachten erstattet hat oder sei es, daß ihm bei der Untersuchung sonstwie ein vertragswidriges Verhalten zur Last gelegt werden kann.

2) Haben wir bisher festgestellt, daß eine Haftung der KK. wegen fehlerhafter ärztlicher Behandlung oder Erteilung falscher Gutachten gemäß § 278 BGB. nur stattfinden kann, wenn die KK. eine eigene Heil- oder sonstige Anstalt selber betreibt, so gilt es, im folgenden die Frage zu untersuchen, ob sich wenigstens nicht aus anderen gesetzlichen Vorschriften auch für die übrigen Fälle ärztlicher Behandlung eine Haftung der KK. ergeben kann.

Als solche Vorschrift kommt § 831 BGB.[82] in Betracht. Danach wäre die KK. als Geschäftsherr für den Schaden verantwortlich, den ihre Verrichtungsgehilfen (fremde Krankenhäuser, Ärzte), in Ausführung der Verrichtung einem Dritten zufügen, sofern sie sich nicht durch den Entlastungsbeweis sorgfältiger Auswahl befreien kann.

a) Zunächst müssen wir vor Anwendung des § 831, ebenso wie wir es vor Anwendung des § 278 BGB. getan haben, die grundsätzliche Frage beantworten, ob es überhaupt angängig ist, § 831, eine Vorschrift des Privatrechts, auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse anzuwenden. Das Reichsgericht gelangt anläßlich der Entscheidung über die Haftung der Kassen für Vertrauensärzte[83] ohne weiteres zur Anwendung des § 831 BGB. auf das Verhältnis zwischen KK. und Versicherten, ohne jedoch eine Begründung hierfür zu geben.

M. E. ist eine unmittelbare Anwendung des § 831 auf das Verhältnis zwischen KK. und Mitglied nicht möglich. Denn § 831 BGB. gehört ebenso wie die Vorschriften der §§ 31, 89[84], 823,

81) So mit Recht Paech, BK. 1931, 262.
82) Vgl. die näheren Voraussetzungen oben S. 16 der Arbeit.
83) RG. 131, 70.
84) RG. 131, 239. (249, 250); 52, 371; v. Staudinger, § 89 Anm. 5 S. 335; Komm. v. RGR. § 89 Anm. 1. Unkonsequent daher RG. 112, 290 ff., das hier auch bei öffentlich-rechtlichen Verhältnissen §§ 31, 89 Anwendung finden läßt; vgl. auch Calmer, S. 40, 41.

BGB. zu den Vorschriften, die die privatrechtlichen Beziehungen zwischen zwei Personen regeln. Die öffentlich-rechtlichen Beziehungen werden jedoch nicht durch diese Vorschriften bestimmt, sondern allein durch die Vorschriften des § 839 BGB., Art. 131 des Gesetzes vom 11. 8. 1919 in Verbindung mit den Beamtenhaftungsgesetzen[85]). Daß diese Vorschriften gerade auch die rein öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen einer Krankenkasse der Reichsversicherungsordnung und dem einzelnen Mitgliede mitumfassen, ist oben schon dargelegt worden[86]).

Nach diesen Vorschriften haftet also die KK. ohne weiteres für die Amtspflichtverletzungen ihrer Beamten oder Angestellten[87]). Die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen, also § 823 wie auch § 831 BGB. haben, wie schon gesagt, neben der Sondervorschrift des § 839 BGB. insoweit keinen Raum. Man wird aber trotzdem wohl, wenigstens zur Erläuterung der Amtspflichten, diese Vorschriften, also auch § 831 heranziehen können. Wenn also die mit der Auswahl der Ärzte betrauten Angestellten der Kasse eine schlechte Auswahl treffen, was ja an sich den Tatbestand des § 831 erfüllen würde, so liegt eben darin eine Verletzung der Amtspflichten, die ihnen den versicherten Kassenmitgliedern gegenüber obliegen. Zwar brauchen die Kassen nur ärztliche Pflege zur Verfügung zu stellen. Aber daß sich diese Gewährung von Krankenpflege wenigstens in ordnungsgemäßer Weise vollziehen muß, hat noch niemand bestritten, an einer Amtspflicht sorgfältiger Auswahl der Ärzte ist daher nicht zu zweifeln.

Überdies wird man § 831 BGB. noch weiter zur Haftung heranziehen dürfen, indem man nämlich den in § 831 zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken der Umkehrung der Beweislast auch für die Fälle der Amtspflichtverletzung bei schlechter Auswahl entsprechend anwendet. Denn es ist in unserem Falle den geschädigten Kassenmitgliedern nicht zuzumuten, daß sie selber den Beweis einer schlechten Auswahl und des Kausalverlaufs bis zur Schädigung durch den schlecht ausgewählten Arzt zu führen haben. Vielmehr ist anzunehmen, daß sich die KK. bei Auswahl ungeeigneter Ärzte exkulpieren, also nachweisen muß, daß sie oder besser ihre mit der Auswahl betrauten Angestellten bei der Auswahl der bestellten Ärzte die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet haben, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt

85) Reichsbeamtenhaftungsgesetz vom 22. 5. 1910. Preuß. Beamtenhaftungsgesetz vom 1. 8. 1909.

86) s. S. 24 ff der Arbeit.

87) Über den weiten Beamtenbegriff des Art. 131, siehe oben S. 27 ff.

entstanden sein würde. Anders ist wohl auch das Reichsgericht[88]) nicht zu verstehen, wenn es § 831 ohne weiteres für die Haftung der KK. ihren Mitgliedern gegenüber anwendet.

b) Für die Fälle schlechter Auswahl kommen möglicherweise die Heil- oder sonstigen Anstalten, die der Kasse nicht selber gehören, Kassenärzte und Vertrauensärzte in Betracht.

Was die Auswahl schlechter Anstalten anbelangt, so werden die Fälle, wo eine KK. deswegen haftbar gemacht werden kann, wohl recht selten sein. Nur dann könnte man der KK. ein Verschulden vorwerfen, wenn sie ihre Mitglieder in Anstalten einweist, die einen schlechten Ruf genießen und wo sich andauernd zum Schadensersatz führende Fehlgriffe der Ärzte oder des Personals ereignen.

Eine Haftung für schlechte Auswahl der Kassenärzte kann insbesondere nach der neuesten Rechtsentwicklung[89]) nicht mehr Platz greifen. Denn die Kassenärzte werden von für jeden Arztregisterbezirk eingerichteten Zulassungsausschüssen, d. h. von Vertretern der Ärzteschaft (kassenärztliche Vereinigung Deutschlands, KVD.) bestellt. Bisher war das Zulassungswesen öffentlich rechtlich so geregelt, daß das Verfahren bei staatlichen Instanzen lag. An ihm waren sowohl die Vertreter der Krankenkassen als auch die der Ärzte beteiligt[90]). Jetzt sind die Krankenkassen vollständig ausgeschaltet worden[91]). Die Kasse hat mit den einzelnen Kassenärzten überhaupt keinerlei Beziehungen. Der einzelne Arzt wird von der KVD. bezahlt, die KK. tritt nur mit der KVD. in Beziehung, indem sie der KVD. Pauschalsummen zahlt. Die Kassen haben daher auf die Zulassung der Ärzte keinerlei Einfluß. Eine Haftung der KK. für die Kassenärzte ist daher ausgeschlossen.

Anders steht es jedoch mit der Haftung für Vertrauensärzte. Man kann nicht von vornherein einwenden, wie es Häußner[92]) für den Fall der falschen Begutachtung durch den Vertrauensarzt will, daß die KK. ja gar nicht an die Entscheidung des Vertrauensarztes gebunden sei, daher die Verletzung durch die selbständige Entscheidung der KK. eintrete und insofern eine Unterbrechung des

88) RG. 131, 70.

89) Vgl. insbesondere Verordnung über die Zulassung von Ärzten zur Tätigkeit bei den Krankenkassen vom 17. 5. 1934.

90) Die Zulassung erfolgte durch Schiedsämter, die bei den Oberversicherungsämtern errichtet waren. Sie waren besetzt mit einem unparteiischen Vorsitzenden (Direktor des OVA.) oder dessen Stellvertreter als Vorsitzenden und einer gleichen Zahl von Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen.

91) Gruenewald in Pfundtner-Neubert, IV, a 3, S. 37.

92) DOK. 1933, 672.

Kausalzusammenhanges vorliege. Richtig daran ist allerdings, daß die Kasse den Vertrauensarzt nur als wissenschaftlichen Gutachter verwendet, und die Meinung des Vertrauensarztes für sie nicht verbindlich ist. Eine sogenannte „Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" gibt es jedoch nicht und wird auch heute nicht mehr anerkannt[93]), entweder es liegt Kausalzusammenhang vor oder nicht. Verursachung im Rechtssinne ist, wie schon ausgeführt[94]), der regelmäßige, der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechende Kausalverlauf. Die falsche Begutachtung durch den Vertrauensarzt ist aber ursächlich für den dem Mitgliede durch die Verweigerung oder Verzögerung der ärztlichen Behandlung entstehenden Schaden, weil wohl in den weitaus meisten Fällen die Kasse dem Rate des Vertrauensarztes folgt[95]).

Zweifelhaft ist nur, ob auch die KK. für ein Verschulden des Vertrauensarztes verantwortlich gemacht werden kann. Gegen eine Haftung der KK. wird in's Feld geführt[96]), daß die KK. in der Heranziehung der Vertrauensärzte nicht völlig frei sei; die KK. bleibe bei der Bestellung von Vertrauensärzten durch das Mitwirkungsrecht der Ärztevertretung, auf die der Kasse der Einfluß entzogen sei, beschränkt. Dem ist insoweit zuzustimmen, als es der KK. nicht immer gelingen wird, die Ärzte, die sie selber gerne heranziehen möchte, als Vertrauensärzte zu bestellen. Andererseits wird aber das Mitwirkungsrecht der Ärztevertretung niemals ein Hindernis bilden, ungeeignete Ärzte von der Bestellung von vornherein auszuschalten. Daher wird man es der KK. zum Verschulden anrechnen müssen, wenn sie die Bestellung ungeeigneter Vertrauensärzte nicht verhindert hat.

Andererseits ist eine Entwicklung unverkennbar, die immer mehr eine Lockerung des Verhältnisses von Kasse und Vertrauensarzt bewirkt. Gesetzlichen Ausdruck hat diese Entwicklung in der dritten Verordnung zum Aufbau der Sozialversicherung gefunden. Danach ist auch die Regelung des vertrauensärztlichen Dienstes „Gemeinschaftsaufgabe"[97]) geworden, und den Landesversicherungsanstalten damit die Möglichkeit gegeben, den vertrauensärztlichen Dienst selbständig zu regeln. Bis aber dieses Übergangsstadium, in dem wir uns jetzt befinden, überwunden ist, wird man die Frage der Haftung einer KK. für Schäden bejahen müssen, sofern die

93) Vgl. oben S. 9 der Arbeit.
94) Vgl. S. 8 der Arbeit.
95) So mit Recht Sontag, DK. 1933, 325.
96) So Paech, BK. 1931, 262 ff.
97) Im Sinne des Abschnitts II, Art. 2, § 1 des Gesetzes über den Neuaufbau der Sozialversicherung vom 5. 7. 1934.

unsorgfältige Auswahl der Vertrauensärzte durch die KK. in ursächlichem Zusammenhang mit dem dem Mitglied entstandenen Schaden steht. Die KK. haftet unter dieser Voraussetzung für jedes rechtswidrige Verhalten der Vertrauensärzte[98] nach § 839 BGB., Art. 131 in Vbd. mit dem Rechtsgedanken[99] aus § 831 BGB. wegen Amtspflichtverletzung ihrer mit der Auswahl der Vertrauensärzte bestellten Angestellten, sofern sie nicht den Nachweis führt, daß sie bei Auswahl die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

IV. Nachdem somit festgestellt worden ist, daß dem Kassenpatienten sowohl bei Verweigerung und Verzögerung ärztlicher Behandlung (II)[100], als auch bei fehlerhafter Durchführung ärztlicher Behandlung (III)[101] Schadensersatzansprüche gegen die KK. zustehen können, ist im folgenden zu prüfen, ob diese Ansprüche auch in einem gesetzlich vorgesehenen Verfahren durchgesetzt werden können, sei es auf dem ordentlichen Rechtsweg oder sei es im Wege das in der RVO. geregelten Spruchverfahrens.

1. Für die in der RVO. geregelten Verfahren kommen nur die Ersatzansprüche aus Beziehungen von Versicherungsträgern zueinander und anderen Verpflichteten und die Ansprüche der Versicherten auf Leistung aus der Versicherung in Betracht. Für die ersteren Ansprüche kommt insbesondere das Spruchverfahren nach §§ 1771 ff., für die Ansprüche des Versicherten auf Leistung das Feststellungsverfahren nach §§ 1545 ff. RVO. in Betracht. Für diese Ansprüche ist also ausschließlich das Verfahren vor den Versicherungsbehörden gegeben, der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten ist schon deswegen ausgeschlossen[102].

2. Da es sich in unserem Falle um keinen dieser Ansprüche handelt, erhebt sich die Frage, ob die Ansprüche des Kassenmitglieds gegen die KK. wenigstens vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können.

a) Soweit sich die Ansprüche des Kassenmitglieds auf schuldhafte Verletzung von Amtspflichten stützen, so wie wir es im Falle

98) Auch für den Vertrauensarzt kommt es bei der Haftung aus Art. 131 nicht auf die tatsächliche Beamtenanstellung an.

99) oben S. 42 ff.

100) s. S. 24 ff der Arbeit.

101) s. S. 31 ff der Arbeit.

102) R. Lehmann, RVO. S. 90; RG. 74, 165 sagt allerdings mit Unrecht, daß der Unterstützungsanspruch des Versicherten im ordentlichen Rechtsweg verfolgbar sei.

der Verweigerung ärztlicher Behandlung und für den Fall unsorgfältiger Auswahl von Heilanstalten und Vertrauensärzten angenommen haben, ist die Frage ohne weiteres zu bejahen, da Art. 131 des Gesetzes vom 11. 8. 1919 ‹Weimarer Verfassung› ausdrücklich den ordentlichen Rechtsweg für Ansprüche wegen Amtspflichtverletzungen vorbehält.

b› Zweifelhaft ist nur, ob auch für die Ansprüche der ordentliche Rechtsweg gegeben ist, die sich auf die Vorschriften der §§ 278, 276 BGB. stützen, so wie wir es für die Haftung der KK. bei eigener Verwaltung von Anstalten angenommen haben.

Nach § 13 GVG. gehören grundsätzlich nur alle bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte; nur in Ausnahmefällen werden kraft gesetzlicher Zuweisung auch rein öffentlich-rechtliche Rechtsstreitigkeiten wie z. B. die Ansprüche aus Art. 129, 131 Weim. Verf. vor den ordentlichen Gerichten ausgetragen. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Da wir aber oben festgestellt haben, daß es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen Versicherungsträger und dem Mitgliede der Versicherung um rein öffentlich-rechtliche Beziehungen handelt, müßte man an sich zu dem Schluß kommen, daß es an dem Begriff der bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreitigkeit fehlt und infolgedessen der Rechtsweg auch vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen wäre. Das ist jedoch nicht der Fall, denn die Grenzziehung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht ist durchaus relativ, die Anschauungen über die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Natur eines Rechtsverhältnisses sind zeitlich wandelbar. Das haben wir oben[103]› gerade bei der geschichtlichen Entwicklung der Sozialversicherung, insbesondere des Krankenkassenwesens erfahren. Damals als der verwaltungsrechtliche Schutz, der heute grundsätzlich die öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse umfassen soll[104]›, noch fehlte oder nur schwach entwickelt war, neigte man dazu, auch Rechtsverhältnisse mit stark öffentlich-rechtlichem Einschlag als privatrechtliche Rechtsverhältnisse zu konstruieren und dadurch den zivilgerichtlichen Schutz weit in das Gebiet des Verwaltungsrechts zu erstrecken.

Es wäre daher unbillig und sinnlos, wenn man heute dem Versicherten für seine Schadensersatzansprüche, Bereicherungsansprüche usw. gegenüber dem Versicherungsträger den Rechtsweg

103) s. S. 21 ff der Arbeit.

104) In reiner Form war dies allerdings nur in Hamburg. Ges. v. 2. 11. 1921 § 9 und Bremen. Gesetz vom 6. 1. 1924 § 8 durchgeführt.

deshalb versagen würde, weil es sich um öffentlich-rechtliche Beziehungen handelt, wo man doch früher zur Zeit des Inkrafttretens des GVG.[105]), eben weil man den Anspruch für einen bürgerlich-rechtlichen hielt, den Rechtsweg zugelassen hatte. Dazu kommt, daß wir noch nicht überall soweit sind, wie in Hamburg und Bremen, wo bei Verneinung des ordentlichen Rechtsweges fast immer die Verwaltungsgerichte an die Stelle der ordentlichen treten. So haben wir z. B. in Preußen noch grundsätzlich das sogenannte Enumerationsprinzip, d. h. die Verwaltungsgerichtsbarkeit tritt nur dann in Tätigkeit, wenn dies ausdrücklich durch Gesetz vorgesehen ist[106]).

So hat denn auch das Reichsgericht[107]) entschieden, daß sich der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im Sinne von § 13 GVG. nicht mit dem Begriff der zivilrechtlichen Streitigkeit decke und daher nicht schlechthin solche Ansprüche ausschließe, welche nach heutiger Auffassung als öffentlich-rechtliche angesehen werden. Nach der Auffassung des Reichsgerichts[108]) muß eben § 13 GVG. dahin verstanden werden, daß als bürgerlich-rechtliche Rechtsstreitigkeit anzusehen ist, was nach der zur Zeit des Erlasses des GVG. geltenden Rechtsauffassung durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden war.

105) 1879.

106) Was oft mit einer völligen Unmöglichkeit der Durchsetzung gleichzusetzen ist. Vgl. Jellinek, S. 46, und Anm. 1 S. 103.

107) RG. 92, 310 ff, 93, 78 ff, 106, 177 ff, 111, 211 ff.

108) „Der Gesetzgeber hat den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten als einen gegebenen, ungeachtet seiner Verschiedenheit in den verschiedenen Gebieten des Reichs, vorausgesetzt und er hat das, was hiernach als bürgerlich-rechtliche Rechtsstreitigkeit galt und deshalb dem ordentlichen Rechtsweg unterstand, auch fernerhin als solche gelten lassen wollen. Nicht das GVG., sondern die Reichsgesetze im allgemeinen und, soweit diese darüber schweigen, die Landesgesetze entscheiden hiernach darüber, was als bürgerliche Rechtsstreitigkeit anzusehen ist. In Ermangelung positiver Bestimmungen des einzelnen in Betracht kommenden Gesetzes ist seiner Gesamtheit und der darin zum Ausdruck kommenden Rechtsauffassung sowie der zur Zeit seines Erlasses herrschenden Rechtsübung zu entnehmen, ob die Streitigkeiten, zu denen die Anwendung dieses Gesetzes führen kann, der Entscheidung im ordentlichen Rechtsweg unterliegen oder in anderer Weise durch Entscheidung der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte geschlichtet werden sollten. Der Mangel einer Anordnung der letzteren Art der Entscheidung (also Verwaltungsbehörden, Verwaltungsgerichte) wird da, wo mit der Entstehung von Streitigkeiten notwendig gerechnet werden müßte, und wo die öffentliche Ordnung die Entscheidung solcher Streitigkeiten unbedingt erfordert, regelmäßig dazu führen, die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, die Zulässigkeit des Rechtsweges zu bejahen, auch wenn es sich um einen Anspruch handelt, der nach heutiger Auffassung ein öffentlich-rechtlicher ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn zur Zeit des Erlasses des GVG. die öffentlich-rechtliche Natur des Anspruchs noch nicht allgemein anerkannt war (RG. 92, 313).

Somit ist also an der Zulässigkeit des Rechtsweges und Schlüssigkeit des Anspruches des Versicherten gegen die KK. nicht zu zweifeln. Die Rechtsprechung hat denn auch den ordentlichen Rechtsweg zugelassen, z. B. bei Rückforderung zu Unrecht erhobener Krankenversicherungsbeiträge und überhaupt in allen Fällen, in denen sich nicht schon die Zuständigkeit der Versicherungsämter aus der RVO. ergab[109]).

B. Von wesentlicher Bedeutung ist für den Versicherten nun die Frage, ob ihm neben den jeweils in Betracht kommenden Ansprüchen aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 ff. BGB.[110]) auch vertragliche Ansprüche gegen die unmittelbaren Schädiger zukommen. Wie schon mehrfach betont, sind vertragliche Ansprüche dem Versicherten deswegen so außerordentlich günstig, weil der Schuldner sich nicht auf die Exkulpationsmöglichkeit für rechtswidriges Verhalten seiner Verrichtungsgehilfen berufen kann, sondern vielmehr in jedem Falle für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB. aufkommen muß. Es ist also im folgenden die Frage zu untersuchen, ob dem einzelnen Kassenmitglied gegen die Ärzte und Krankenhäuser eigene vertragliche Ansprüche zustehen.

Bei den Beziehungen zu den behandelnden Ärzten[111]) sind drei Möglichkeiten denkbar. Einmal, es kommt zwischen dem Kassenmitglied durch die Behandlung mit diesem ein eigener, neuer Vertrag zustande, der sich auf den schon zwischen der KK. mit den behandelnden Ärzten als Vorvertrag abgeschlossenen Vertrag stützt. Sodann, es bestehen überhaupt keine vertraglichen Beziehungen des Versicherten zu den Ärzten. Als dritte Möglichkeit bleibt die Annahme eines berechtigenden (echten) Vertrages zugunsten des Versicherten übrig, der diesem die wichtigsten Ansprüche zuweist, die der KK. selber aus den zwischen ihr und den Ärzten oder Krankenhäusern abgeschlossenen Verträgen zustehen. Alle diese drei Möglichkeiten werden auch im Schrifttum vertreten.

I. 1) Die insbesondere von Flügge[112]) vertretene Auffassung geht von der Annahme eines zwischen den Kassenärzten oder den Krankenhausverwaltungen und den Kassenpatienten geschlossenen

109) RG. 21, 77; 36, 45; 66, 77; 74, 163. Vgl. aber auch § 405 RVO.
110) Vgl. oben S. 14 ff.
111) Daß die Kassenarztverträge heute nicht mehr mit den einzelnen Ärzten, sondern mit den ärztlichen Vereinigungen geschlossen werden, kann in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben.
112) S. 77–78: Er bespricht allerdings nur das Verhältnis zwischen Versicherungsträger, Versicherten und Kassenärzten, würde aber offenbar auch beim Verhältnis zwischen Versicherungsträgern, Versicherten und Krankenhaus denselben Standpunkt vertreten.

Hauptvertrages aus, der sich auf den zwischen den Kassen und Kassenärzten oder Krankenhausverwaltungen abgeschlossenen Vertrag stütze. Er sagt, ob die Patienten die Dienste des Arztes, dem sie von Seiten des Versicherungsträgers überwiesen seien, in Anspruch nehmen wollten, oder ob sie die Dienste eines anderen Arztes in Anspruch nehmen wollten, hänge von dem freien Entschluß der Patienten ab. Dieser Entschluß werde allerdings beeinflußt von dem Verhältnis, in dem sie zu den Versicherungsträgern stehen. — Denn es verlieren die Versicherten gewisse Vorteile, wenn sie die Behandlung durch den von der Kasse gestellten Arzt zu Unrecht verweigern. — Das sei aber für das Verhältnis der Versicherten zu den Ärzten unerheblich, den Ärzten gegenüber sei ihre Entschließung frei. Das komme besonders deutlich zum Ausdruck, wenn es sich um die Vornahme einer Operation handle. Neben der Willenseinigung zwischen Versicherungsträger und Arzt komme eine neue Willenseinigung zwischen Arzt und Patienten zustande.

Auch Hegener[113]) ist ähnlicher Auffassung, der Vertrag zwischen Arzt und Kasse begründe für den Arzt die Verpflichtung, mit dem Versicherten einen weiteren Vertrag abzuschließen. Die Vertreter dieser Meinung[114]) sind also der Auffassung, daß sich das Verhältnis zwischen einem Kassenarzt und einem Versicherten von dem eines Arztes zu einem Privatpatienten hauptsächlich nur dadurch unterscheide, daß beide Teile darüber einig seien, daß die Bezahlung durch einen Dritten, nämlich durch die KK. erfolgen solle. Die Krankenkasse übernähme dann eine Schuld der Patienten gemäß § 414 BGB.

Diese Ansichten legen also das Schwergewicht auf eigene vertragliche Beziehungen zwischen Arzt und Patienten, denen gegenüber die vertraglichen Beziehungen zwischen Arzt oder Krankenhaus und Kassen von untergeordneter Bedeutung erscheinen, sodaß man sie als Vorvertrag des zwischen Arzt und Patienten zu schließenden Hauptvertrages bezeichnen könnte.

2) Aus rechtlichen Gesichtspunkten wird man Bedenken gegen diese Konstruktion als solche kaum herleiten können, dieser würde insbesondere auch nicht entgegenstehen, daß die Kasse schon im voraus die Verpflichtung für die Begleichung des Honorars übernehmen würde, denn „daß die Schuld zur Zeit der Übernahme

113) S. 85–86.

114) S. auch Friedländer und Nipperdey zit. bei Heinemann LZ. 1925, Spalte 245, auch Zitelmann S. 850.

schon besteht, ist kein Erfordernis der Schuldübernahme gemäß § 414 BGB." [115].

Umsomehr sprechen aber praktische und tatsächliche Erwägungen gegen die Annahme eines Vorvertrages mit nachfolgendem Hauptvertrag zwischen Patient und Arzt. In der RVO. ist ein Unterordnungsverhältnis, ein öffentlich-rechtliches Gewaltverhältnis der Versicherten unter die Versicherungsträger gesetzlich vorgesehen. Nur den Versicherungsträgern steht die Entscheidung über die Art und Dauer der Behandlung des Versicherten zu. Wollte man annehmen, daß der Kassenarzt oder das Krankenhaus stets nur von Fall zu Fall mit dem einzelnen Versicherten ein Vertragsverhältnis einginge mit der Maßgabe, hinterher bei der KK. seine Bezahlung zu suchen, so würde das gerade auf das hinauskommen, was nach der RVO. nicht sein soll, da die KK. ärztliche Hilfe grundsätzlich in natura zu gewähren hat. „Denn ob die Kassen ihren Mitgliedern im voraus Geld aushändigen, damit diese sich selbst einen Arzt aussuchen, oder ob die KK. mit Wirkung zu Gunsten der Kassenärzte ihren Mitgliedern verspricht, nachträglich für die in Anspruch genommene Hilfe aufzukommen, ist von geringer Bedeutung. In beiden Fällen würde die KK. etwas anderes gewähren, als ärztliche Hilfe in natura" [116].

Der Versicherte weiß von vornherein, daß die KK. die Zahlungspflicht übernommen hat und auch der Arzt weiß dies. Der Versicherte beabsichtigt gar nicht, selbständige Rechte gegen die Krankenhausverwaltung oder den Arzt zu erwerben. Der einzelne Versicherte soll auch gar nicht in irgendwelche selbständigen Verpflichtungen gegenüber den behandelnden Ärzten verwickelt werden; er hat insoweit ausschließlich mit der KK. zu tun [117]. Ebenso will auch die Krankenhausverwaltung den Vertrag nur mit den Kassen schließen, schon deswegen, weil der Patient meist nicht imstande ist, die erheblichen Kosten für die Verpflegung und ärztliche Behandlung aus eigenen Mitteln zu bestreiten; ihr Wille ist schon völlig durch ihren Vertrag mit der Kasse gebunden [118]. Der Arzt ist nicht etwa in der Lage, die Behandlung des Kassenpatienten einfach abzulehnen, wozu er gegenüber einem Privatpatienten grundsätzlich berechtigt wäre. (Vgl. § 144, II GewO.). Der Kassenpatient macht nicht etwa ein neues selbständiges Vertragsangebot,

115) RGRK. § 414, Anm. 2, S. 660.
116) Heinemann LZ. 1925, Sp. 248.
117) Heinemann a. a. O.
118) Meyer, TH. S. 21, Anm. 11.

sondern beruft sich nur auf das bereits zwischen seiner Kasse und dem Krankenhaus bestehende Vertragsverhältnis, dessen Erfüllung er begehrt. Der Versicherte ist sich auch seiner Abhängigkeit von der Kasse bewußt und denkt nicht daran, im eigenen Namen zu kontrahieren; er verläßt sich vielmehr darauf, daß die Kasse schon alles für ihn erledigt habe.

Ein neuer selbständiger Vertrag zwischen dem Versicherten und den behandelnden Ärzten besteht daher nicht[119)120)].

II. Unmittelbare vertragliche Beziehungen bestehen nur zwischen der KK. einerseits und den Heil- und sonstigen Anstalten oder Kassenärzten andererseits, wenn auch die Beziehungen zu letzteren durch Gesamt- und Mantelverträge geregelt sind.

Bevor nun auf die Streitfrage eingegangen werden kann, ob diese Arzt- oder Krankenhausverträge dem einzelnen Versicherten eigene vertragliche Ansprüche geben oder nicht, ist jenes Verhältnis zunächst auf seine rechtliche Natur, Ziel und Inhalt hin zu untersuchen, da dieses Verhältnis auch immer entscheidend sein wird für die Ansprüche, die sich für den Versicherten daraus ergeben könnten.

1 a) Beim gewöhnlichen Arztvertrag verpflichtet sich der Arzt zur Leistung einer Tätigkeit, der Patient zur Zahlung des Honorars. Der Vertrag ist auf den wechselseitigen Austausch von Leistungen gerichtet, die eine Leistung soll den Gegenwert für die andere darstellen. Es liegt also ein gegenseitiger Vertrag vor. Dieser Vertrag hat auf der einen Seite die Leistung von Arbeit, auf der anderen Seite die Leistung von Entgelt zum Gegenstand, er fällt daher unter den von Lotmar[121)] geprägten Begriff des Arbeitsvertrages im weiteren Sinn. Das wird allgemein anerkannt[122)].

Sehr bestritten ist dagegen, unter welche der im BGB. geregelten Unterarten des Arbeitsvertrages er fällt. Drei Haupt-

119) So auch die überwiegende Meinung: Philipsborn, S. 38, S. 155. Anm. 138; Niggemann, S. 6; Stachelhaus, S. 18; Fricke S. 282, RG. Recht 1910, 641; im Ergebnis ebenso OLG. 14, S. 26.

120) Würde man einen solchen dennoch annehmen, käme man in den Fällen der Einweisung in ein fremdes Krankenhaus noch zu folgender unnützer Schwierigkeit. Man müßte dann nämlich näher untersuchen, ob dieser neue selbständige Vertrag tatsächlich ein einheitlicher Aufnahmevertrag wäre, oder ob nicht vielmehr vom Versicherten zwei Verträge geschlossen würden, der eine mit dem Krankenhaus hinsichtlich der Beherbergung, Beköstigung und Pflege, der andere mit dem Arzt hinsichtlich der Behandlung, wie es bei Privatpatienten oft üblich ist. Dieser Schwierigkeiten ist man jedoch enthoben, weil nach richtiger Meinung ein neuer selbständiger Vertrag nicht anzuerkennen ist.

121) Bd. I, S. 1 ff. (Dieser Begriff ist aber missverständlich).

122) Vgl. Oertmann 1 a vor § 611 S. 893; Staudinger I, 1 vor § 611. Heck S. 331.

meinungen werden vertreten. Die in der Rechtslehre und Rechtsprechung herrschende Ansicht[123] nimmt im allgemeinen einen Dienstvertrag an und zwar sowohl bei einem Vertrage, der eine allgemeine ärztliche Behandlung, als auch bei einem Vertrage, der die Vornahme einer Operation zum Inhalte hat.

Eine zweite Meinung erblickt grundsätzlich in dem Vertrag zwischen Arzt und Patient einen Werkvertrag. So insbesondere Lotmar[124]. Der Vertrag zwischen Arzt und Patient sei Akkordvertrag, denn die Honorarsätze in den ärztlichen Gebührenordnungen seien Akkordlöhne, da sie nicht nach Zeitabschnitten bemessen, sondern für die Arbeit und samt ihrem Erfolg bestimmt seien. Unter Erfolg im Sinne des § 631 BGB. sei aber nicht die Heilung zu verstehen, sondern die „Gewinnung einer Diagnose und eines Heilplanes" sowie die „Raterteilung mit dem Erfolg des Beratenseins". Ähnlich auch Oertmann[125].

Zwischen diesen Ansichten steht eine Mittelmeinung[126], wonach die außeroperative Tätigkeit des Arztes unter den Begriff des Dienstvertrages, die operative dagegen unter den des Werkvertrages fällt. Es sei dabei nicht der mit der unmittelbaren Tätigkeit verknüpfte weitere Erfolg, sondern nur der unmittelbare durch die Tätigkeit herzustellende Erfolg geschuldet. „Erfolg" sei bei der Operation nicht der günstige Erfolg, also die technisch richtige Vornahme der Operation selbst.

Dazu ist zu sagen, daß die Parteien im allgemeinen gar nicht daran denken, unter Erfolg nur den ersten Erfolg zu verstehen. Wenn der Arzt von seinem Patienten gefragt wird, ob seine Behandlung oder Operation Erfolg haben werde, so ist es wohl selbstverständlich, daß beide unter „Erfolg" im Sinn der natürlichen Sprachauffassung nur den günstigen Erfolg meinen. Weder Arzt noch Patient werden eine Behandlung dann als erfolgreich betrachten, wenn zwar sachgemäße Durchführung garantiert, aber hinzugefügt wird, daß trotzdem der Tod des Patienten eintreten könnte. Praktisch wird demnach im Vertrag zwischen Arzt und Patient eine solche Verabredung, wonach unter Erfolg nur die sachgemäße Durchführung verstanden werden soll, wohl kaum vorkommen[127]. Beim Werkvertrag kommt nur ein dem Gläubiger günstiger Erfolg, der

123) Staudinger-Nipperdey S. 685; Ebermayer S. 68 ff; RG. 128, 121.
124) Bd. II, 428 ff, 878 ff.
125) Bd. II, 2 S. 896.
126) Enneccerus-Lehmann, § 147 I 2, S. 534.
127) So mit Recht Bremer, S. 5.

seiner Erwartung entspricht, in Betracht, einen ungünstigen läßt sich der Gläubiger nicht versprechen[128]). Dasselbe gilt auch bei Vornahme von Operationen.

Einen Werkvertrag wird man nur in den allerseltensten Fällen annehmen können, z. B. wenn der Arzt ausnahmsweise die Heilung in der Weise garantiert, daß er für den Fall des Nichteintritts der Heilung nicht berechtigt sein soll, das Honorar zu verlangen. Im allgemeinen wird man hingegen einen Dienstvertrag höherer Art annehmen müssen.

Das hat nicht nur theoretische, sondern auch erheblich praktische Bedeutung. Handelt es sich nämlich um einen Werkvertrag, so könnte der Arzt die ihm zustehende Gegenleistung nur für das vollendete gelungene Werk, hier also für die Heilung, verlangen. Wenn nämlich das Werk infolge eines von keiner der Parteien zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, z. B. wenn der Arzt die Operation wegen Erfolglosigkeit abbricht oder der Patient schon vor der Operation stirbt[129]), so verliert der Arzt nach § 644 I Satz I BGB. den Anspruch auf die Vergütung. Liegt aber ein Dienstvertrag vor, so ist der Arzt berechtigt, die von ihm geleisteten Dienste bezahlt zu verlangen, gleichgültig, ob sie von Erfolg begleitet waren oder nicht. Die Unterstellung des Arztvertrages unter die Regeln des Dienstvertrages erscheint auch schon um deswillen nötig, weil nur in diesem Fall jede Partei, auch wenn kein wichtiger Grund vorliegt, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen kann (§ 627 BGB), was sowohl im Interesse des Arztes als des Kranken gelegen ist[130]).

In dem Vertrag zwischen Arzt und Patient bildet also die Grundlage die Leistung von Diensten, zu denen der Arzt durch seine besonderen Kenntnisse und Fertigkeiten fähig ist. Die Vergütung erhält er dafür, daß er seine Dienste zur Verfügung stellt.

Diese Grundsätze bilden auch den Ausgangspunkt für das Verhältnis zwischen den Krankenkassen und Kassenärzten. Daß sich die KK. überhaupt durch Verträge verpflichten können, ist Ausfluß ihrer Rechtsfähigkeit, die in § 4 RVO. verankert ist. Der Arzt, der sich der KK. gegenüber verpflichtet hat, stellt nur seine Dienste bereit. Daher kann dieses Vertragsverhältnis erst recht nicht dem Werkvertrag zugerechnet werden. So wird denn auch fast durchweg die Ansicht vertreten, daß der Kassenarztvertrag, den die Kasse

128) Kress, S. 199.
129) Philipsborn, Jahrbuch, S. 198.
130) Ebermayer, Arzt im Recht, S. 72–73.

im eigenen Namen, nicht etwa in Stellvertretung ihrer Mitglieder schließt, ein Dienstvertrag sei[131]). Daneben wird allerdings vereinzelt zu Unrecht angenommen, daß der Kassenarzt lediglich von Fall zu Fall zu den einzelnen Versicherten, welche ihn jeweils in Anspruch nehmen, in ein Vertragsverhältnis trete und daß weder die KK. gegen den Kassenarzt einen erzwingbaren Anspruch darauf habe, daß er Versicherte behandele, noch daß der Kassenarzt einen solchen auf Beschäftigung habe[132]).

Diese Auffassung übersieht, daß der Inhalt des Vertrages gerade darauf hinausläuft, daß der Kassenarzt die Behandlung der Kassenmitglieder und der Angehörigen ausdrücklich übernimmt, und daß die Kassen einen erzwingbaren Anspruch darauf haben[133]). Der Arzt geht eine regelrechte Dienstverpflichtung ein. Lediglich im einzelnen hängt das Maß der Dienstverpflichtung davon ab, inwieweit der Arzt von dem Versicherten um eine Behandlung angegangen wird.

Der Dienstvertrag zwischen dem Arzt und der KK. kommt dadurch zustande, daß der Arzt seinen Beitritt zu dem Gesamtvertrage zwischen der KK. und der kassenärztlichen Vereinigung durch sogenannten Verpflichtungsschein erklärt (§ 368 III RVO.)[134]).

Genau so ist auch das Rechtsverhältnis zwischen der KK. und einer Heil- oder sonstigen Anstalt zu betrachten.

Gewöhnlich entstehen die vertraglichen Beziehungen nicht erst durch die Einweisung seitens der KK., etwa auf Grund einer ihr abgegebenen Erklärung, daß sie die Kosten für die Behandlung in dem bestimmt bezeichneten Krankenhaus übernehme; die vertraglichen Beziehungen sind vielmehr regelmäßig in sogenannten Dauerverträgen geregelt, wie sie in großem Umfange zwischen Kassen und Krankenhäusern abgeschlossen werden. (vgl. §§ 371—73 RVO.). Die Hauptelemente dieser Verträge sind die gleichen, wie bei einem Aufnahmevertrag von Selbstzahlern[135]).

Der Meinung von Dersch[136]), daß es sich bei den von den Versicherungsträgern mit den Krankenhäusern abgeschlossenen Verträgen um Werkverträge gemäß §§ 631 ff BGB. handele, kann

131) Ebermayer, Arzt im Recht, S. 72. Hellwig, S. 27. Flügge, S. 77. Lutz-Richter-Sonneb. S. 7. Heinemann, S. 25. RG. Warn. 1921, Nr. 142.
132) So Friedländer u. Nipperdey, zit. bei Heinemann LZ. 1925, Sp. 245.
133) Heinemann, Kassenarztrecht, S. 26.
134) Bisher noch nicht geändert.
135) Philipsborn, Kranker und Krankenhaus, S. 53.
136) Krankenhaus und Reichsversicherungsträger, Bem. 11, S. 137. (Der Vertrag sei deshalb Werkvertrag, weil die Verschaffung der Dienste der Erfolg sei).

nicht beigetreten werden. Der Vertrag ist vielmehr Dienstvertrag, da dem Vertragsgegner nicht ein „Erfolg" versprochen wird[137]. „Das Hospital, welches einen Kranken aufnimmt, verpflichtet sich nicht zum Hervorbringen eines bestimmten Endergebnisses, etwa zur Heilung des Kranken, es übernimmt nur eine Reihe von Einzelverpflichtungen"[138].

Die Hauptleistung ist die ärztliche Behandlung und diese bestimmt daher auch die grundsätzliche Natur des ganzen Vertrages. Daß daneben in dem Krankenhausvertrag noch verschiedene andere Vertragselemente enthalten sind, spielt dabei, insbesondere für die Haftung der Krankenanstalt, keine Rolle[139]: Bezüglich der Benutzung des Zimmers liegt Miete vor, bezüglich der zu liefernden Lebensmittel ein Kauf, hinsichtlich der vom Kranken mitgebrachten Sachen hat die Anstalt Verwahrungspflichten; aber diese verschiedenen Leistungen stehen nicht gleichgeordnet nebeneinander, sondern die ärztliche Behandlung und Pflege in der Krankenanstalt bilden die Hauptleistung, und die Raumgewährung und Beköstigung erfolgen nur im Dienst des Hauptzweckes. Der Charakter der Miete oder gar des Kaufes tritt daher durchaus zurück, und der Vertrag ist daher als „Dienstvertrag mit Nebenleistungen" anzusehen[140]. In der Rechtsprechung hat man den Vertrag auch zum Teil als „Krankenpflege- und Abwartungsvertrag" bezeichnet[141].

b) Zweifelhaft ist, ob diese Dienstverträge zwischen KK. und Ärzten oder Anstalten bürgerlich-rechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur sind.

Besonders zweifelhaft ist diese Frage bei dem Verhältnis zwischen den Kassen und Kassenärzten, weil gerade dort ein gewisses Über- und Unterordnungsverhältnis nicht zu verkennen ist, was ja das Kennzeichen eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses überhaupt

137) So mit Recht die herrschende Mein. Staud. II, 2, S. 706. Philipsborn, S. 42. Fricke, S. 281. Hahn-Kühne, S. 291.

138) RG. JW. 1888, S. 2962; ständ. Rechtspr. vgl. OLG. 22, 292; JW. 1918, 260.

139) Die rechtliche Behandlung der sogen. gemischten Verträge ist sehr umstritten. Nach einer Meinung (Lotmar S. 176 ff) sind die Grundsätze anzuwenden, die die Hauptleistung regeln; nach anderer Meinung (G. Rümelin S. 320 ff) sind die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Vertrages nach den für sie maßgebenden Rechtsnormen zu beurteilen. Eine allgemeine Regel läßt sich wohl nicht aufstellen. Richtig dürfte sein, daß jeder einzelne Fall nach seiner besonderen Eigenart zu entscheiden ist; Richtlinien gibt dafür insbesondere der Gesamtzweck des Vertrages, die vermutliche Parteiabsicht und die Verkehrssitte. (Enneccerus-Lehmann § 100, B, 3 S. 357).

140) Lustig, S. 253 und Zitelmann, S. 857.

141) OLG. 14, 26. LG. Arnsberg i. Arb. Vers. 1927, S. 475 oder i. DK. 1927, 1012.

ist. Entscheidend für den bürgerlichen Charakter des Einzelkassenarztvertrages spricht m. E. aber der geschichtliche Zusammenhang. Bis zur Neuregelung war der nach § 368 RVO. alter Fassung[142] geschlossene Vertrag zwischen KK. und Arzt zweifellos ein bürgerlich-rechtlicher Vertrag[143]; die neuen Quellen, insbesondere der neu gefaßte § 368 RVO. lassen m. E. nicht erkennen, daß hierin eine Änderung eintreten sollte. „Auch wäre die Einbettung eines öffentlich-rechtlichen Individualverhältnisses in zweifellos bürgerlich-rechtliche Gesamt- und Mantelverträge schwer verständlich"[144].

So hatte denn auch das Reichsgericht[145] früher entschieden, daß es sich um privat-rechtliche Dienstverträge handele, „welche den Kassen zwar die Durchführung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgabe, minderbemittelten Angehörigen bestimmter Berufe ausreichende ärztliche Hilfe zu sichern, ermöglichen, zugleich aber den Ärzten im Rahmen dieses sozialen Zwecks ein angemessenes Entgelt für ihre Tätigkeit gewährleisten sollen".

Ebenfalls bürgerlichen Charakter tragen die Verträge, die die Kassen mit Heil-, Pflege- oder sonstigen Anstalten abschließen, insbesondere die sogenannten Krankenhausverträge (§ 371 RVO.). Zweifelhaft könnte dies nur sein, wenn es sich um einen Vertrag handelt, der z. B. mit einem städtischen oder staatlichen Krankenhaus abgeschlossen ist. Hier stehen sich zwar zwei gleichgeordnete Partner gegenüber, aber schließlich sind es doch solche, die, jeder für sich betrachtet, gewöhnlich eine rein öffentlich-rechtliche Funktion ausüben.

Auch ist es durchaus nicht so, daß man von einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis nur immer dann sprechen könne, wenn sich die Parteien nicht auf dem Boden der Gleichordnung gegenüberstehen, und die eine von ihnen Zwangs- und Befehlsgewalt gegenüber der anderen besitzt. Denn oft kennzeichnen sich gerade auch die Beziehungen zwischen öffentlichen Gebilden gleicher oder verschiedener Stufen als öffentlich-rechtliche Verhältnisse[146]. Öffentlich-rechtlich ist daher z. B. nicht nur der Anspruch des Hilfsbedürftigen auf Fürsorge (Armenpflege) gegen den Fürsorgeverband,

142) Neugefaßt durch die Verordn. d. Reichsarbeitsministers über kassenärztl. Vers. v. 14. 1. 32.
143) Richter, S. 19.
144) Richter, S. 19.
145) RG. Warn. 1921 Nr. 142; s. a. RVA. in Mon.-Schr. f. Arb. u. Angest. Vers. 1930, Sp. 658.
146) Jellinek, S. 51.

sondern auch der Erstattungsanspruch des vorläufig unterstützungspflichtigen gegen den endgültig verpflichteten Verband. Das hatte seinen Grund aber nur darin, daß hier der vorläufig verpflichtete Fürsorgeverband kraft eines ursprünglich öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses zur Fürsorge verpflichtet ist und der Ersatzanspruch des vorläufig gegen den endgültig Verpflichteten in einem besonders innigen Zusammenhang mit jener öffentlich-rechtlichen Verpflichtung steht. „Die Erfüllung der Pflicht durch den vorläufig Verpflichteten beendigt nämlich noch nicht das Rechtsverhältnis, sondern bringt es nur in das Stadium der „Abwicklung", das erst dann überwunden ist, wenn der endgültig verpflichtete Fürsorgeverband die Fürsorgekosten erstattet oder den Hilfsbedürftigen übernommen hat"[147]).

Um ein so geartetes Rechtsverhältnis handelt es sich bei unserem Tatbestand jedoch nicht[148]), denn weder ist die Stadtgemeinde oder der Staat endgültig oder vorläufig verpflichtet, da eine allgemeine gesetzliche Verpflichtung der Krankenhausverwaltungen zur Aufnahme von Kranken der Krankenkassen nicht besteht[149]), noch bestehen hier Ersatzansprüche gegen den „endgültig Verpflichteten".

Der Staat oder die Stadtgemeinde und die KK. haben vielmehr als Privatpersonen einen rein bürgerlich-rechtlichen Vertrag geschlossen. Denn der verwaltende Staat kann seine Zwecke nicht nur durch Entfaltung seiner Herrschergewalt, sondern auch mit Mitteln des Privatrechts verfolgen. Er tritt dann dem Bürger nicht als Obrigkeit, sondern als gleichberechtigtes Rechtssubjekt entgegen. Soweit sich dann die staatliche Verwaltung auf dem Boden des Privatrechts betätigt, bezeichnet man sie als fiskalische Verwaltung im Gegensatz zur öffentlichen. Staat und Fiskus sind nicht etwa gesonderte Rechtssubjekte, wie man früher annahm[150]), Fiskus ist vielmehr der Staat selbst in einer bestimmten Richtung seiner Lebensbetätigung, nämlich in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen[151]). Wenn er als „Fiskus" auftritt, so steht er nicht unter einem Sonder- oder Ausnahmerecht, sondern ist dem allgemeinen bürgerlichen Recht unterworfen.

So betätigt sich der Staat als Fiskus, indem er Mietverträge und Kaufverträge abschließt, um seine Behörden unterzubringen und um den Bedarf seiner Verwaltung zu decken. Auch schließt der

147) Jellinek, S. 52.
148) Vgl. a. RG., HRR. 1932, 1831.
149) Hahn-Kühne, § 184, Anm. 4, S. 291.
150) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 49.
151) Fleiner § 3 I Anm. 31, S. 38.

Staat Verträge, um sich die erforderlichen Arbeitskräfte zu beschaffen.

Genau so liegt es hier. Der Staat oder die Stadt und die KK. treten sich als völlig gleichgeordnete Parteien gegenüber. Die KK., um ihrer öffentlich-rechtlichen „Kann- oder Sollpflicht" gemäß § 184 RVO. zu genügen, die Stadtgemeinde, um gegen Bezahlung Patienten aufzunehmen und damit ihren Krankenhausbetrieb lebensfähig zu erhalten.

Der Vertrag stellt sich also als ein rein bürgerlich-rechtlicher Dienstvertrag mit Nebenleistungen dar. Die Rechtsprechung hat denn auch in solchen Fällen den ordentlichen Rechtsweg für Ansprüche der Krankenhäuser gegen die Kassen ohne weiteres zugelassen[152]; es ist also für ein solches Vertragsverhältnis zur Beurteilung dieser Frage gleichgültig, ob die KK. den Versicherten in einem städtischen oder privatgewerblichen Krankenhaus unterbringt[153].

c) Was die Verpflichtungen der Ärzte und Krankenhäuser anbelangt, so sind sie in erster Linie zur Leistung ordnungsgemäßer Dienste verpflichtet.

Bei einem Krankenhausvertrag verpflichtet sich das Krankenhaus schlechthin zur Leistung, ohne daß die speziellen Fälle, bei denen sie zu erbringen ist, bereits feststänaen. Daraus ist jedoch nicht zu schließen, daß der Vertrag ein „bedingter" sei, wie es Heinemann will[154]. Die Bezeichnung der Voraussetzungen und der ärztlichen Leistungspflicht als Bedingung und der ärztlichen Leistungspflicht als einer „bedingten" ist irreführend. Da sie an die Bedingung im Rechtssinn erinnert, und außerdem leicht dazu führt, zu übersehen, daß die ärztliche Leistungspflicht zum Teil ja schon in der Bereitschaft besteht und somit dauernd Erfüllung findet[155].

Das Krankenhaus hat im einzelnen ärztliche Behandlung und Versorgung mit Arznei und anderen kleinen Heilmitteln zu gewähren. Es muß für die gesamten persönlichen Lebensbedürfnisse des Versicherten gesorgt werden[156]. Das Krankenhaus hat aber die Kasse vor allen unnötigen Ausgaben, soweit sie den Rahmen der ausreichenden ärztlichen Versorgung überschreiten, zu bewahren.

---

152) RVA. EuM. Bd. 13, 9.
153) Philipsborn, Kranker und Krankenhaus im Recht S. 52—53; Stier-Somlo, S. 890, 3 e.
154) Heinemann, LZ. 1925, Sp. 247.
155) Stachelhaus, S. 37.
156) RVA. in AN. 1906, 460.

Zu einer zweckmäßigen und notwendigen Tätigkeit der ärztlichen Behandlung gehören auch Operationen, soweit sie erforderlich sind.

Falsch ist die Ansicht, daß sich die ärztliche Behandlung, die das Krankenhaus zu gewähren habe, nicht auf die eigentlichen ärztlichen Verrichtungen, namentlich nicht auf die Operation erstrecke, sondern sich in der Stellung eines hierfür geeigneten ärztlichen und Hilfspersonals erschöpfe[157]. Danach sollte die Stadtgemeinde also nicht die Pflege und die ärztliche Behandlung selbst übernehmen, sondern den Kranken lediglich das notwendige und geeignete Personal zur Verfügung stellen. Daß diese Konstruktion an sich bei Aufnahme eines Privatpatienten in ein städtisches Krankenhaus denkbar ist, ist nicht zu bezweifeln; in der Praxis wird ein solches Vertragsgebilde allerdings wohl kaum vorkommen. Schlechthin unanwendbar ist diese Konstruktion aber auf den vorliegenden Fall.

Denn das Ergebnis wäre, daß das Krankenhaus der KK. für Schäden, z. B. die dieser durch schuldhafte Verlängerung des Krankenhausaufenthalts entstehen, überhaupt nicht haften würde: Weder nach § 278 BGB., da insoweit keine Schuldverbindlichkeit besteht, noch nach § 831 BGB., da Ansprüche aus unerlaubter Handlung grundsätzlich nur dem direkt Geschädigten zustehen. Daß dies ein völlig sinnloses Ergebnis ist, liegt auf der Hand; wenn eine Krankenhausverwaltung tatsächlich solche Vertragsbestimmungen für ihr Krankenhaus getroffen hätte, so hätte sich die KK. sicher gehütet, mit ihr überhaupt einen Vertrag abzuschließen.

Erfüllen der Kassenarzt oder die Krankenhausverwaltung die ihr obliegenden Verpflichtungen nicht oder nicht ordentlich, so haften sie der KK. nach den Vorschriften der §§ 278, 276 BGB. auf Schadensersatz[158]. Sie haben allen Schaden zu ersetzen, der daraus entsteht, daß die Hilfspersonen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtung aus dem Dienstvertrag bedienen, die nach den Umständen erforderliche Sorgfaltspflicht verletzen.

2. Streitig ist nun, ob es sich bei den Verträgen der KK. mit den Aerzten oder Krankenanstalten um „unechte" Verträge zu Gunsten Dritter, die lediglich der KK. einen klagbaren Anspruch auf Leistung an einzelne Versicherte geben würden, oder ob es sich nicht vielmehr um „echte", „berechtigende" Verträge auf Leistung an einen Dritten im Sinne der §§ 328 ff. BGB. handelt, wonach das Kassenmitglied als „Dritter" ein eigenes und unmittelbares Recht

157) So das Berufungsgericht in RG. 64, S. 231 und Falk, S. 107.

158) vgl. die allgemeinen Ausführungen über die Vertragshaftung s. oben S. 11 ff. der Arbeit.

auf die Leistung erwerben würde; das Mitglied könnte dann im letzteren Falle auf Leistung an sich klagen, gleichwie dies die KK. aus dem zwischen ihr und den Aerzten abgeschlossenen Dienstvertrag zu gunsten des Kassenmitgliedes sowieso tun könnte. (335 BGB.).

a) Betrachten wir zunächst den „unechten", den bloß „ermächtigenden" Vertrag zu gunsten Dritter. Hiernach wäre also nur die KK. in der Lage, auf Leistung an ihre Mitglieder zu klagen, die behandelnden Aerzte wären zur Dienstleistung nur ermächtigt, den einzelnen Mitgliedern der Kasse gegenüber aber nicht verpflichtet. Diese Auffassung verneint also jegliches Zustandekommen vertraglicher Beziehungen zwischen den behandelnden Aerzten und Versicherten; sie sieht in dem ganzen dreieckigen Verhältnis zwischen Arzt — KK.—Patient nur einen einfachen Vertrag mit vertraglichen Verpflichtungen nur zwischen Krankenhaus und KK.

Die Vertreter dieser Ansicht[159]) kommen also zu dem Ergebnis, natürlich nur soweit sie nicht der oben abgelehnten Vorvertragstheorie angehören, daß vertragliche Beziehungen zwischen Versicherten und Arzt überhaupt nicht bestehen, sich diese vielmehr nur als rein tatsächliche, gesellschaftliche darstellen[160]).

Richter[161]) insbesondere vertritt die Auffassung, daß der Kassenpatient nur der „Forderungsgehilfe" der Krankenkasse zur Abnahme der dem Arzt obliegenden Leistungen sei. Aus § 368 d, I, 1 RVO. („der Arzt ist seiner Kasse gegenüber verpflichtet, den Kranken ausreichend und zweckmäßig zu behandeln") folge geradezu, daß der Arzt nur der Kasse gegenüber verpflichtet sei. „Wollte man etwa den Kassenarztvertrag als Vertrag zu Gunsten Dritter gemäß § 328 BGB. auffassen, so würde man nicht nur gegen die Auslegungsregel des § 329 BGB. verstoßen, sondern durch Einräumung von bürgerlich rechtlichen Ansprüchen an Außenstehende, die noch dazu als Versicherte selbst nur öffentlich rechtlich berechtigt

---

159) Verneint wurde ein echter Vertrag zu Gunsten der Kassenmitglieder: Dersch. Komm. (1926) § 43, 3d II für das Rechtsverhältnis der von der RfA. eingewiesenen Angestellten; (in Jahrbuch 1932, S. 137 wird die Frage allerdings offen gelassen). Zitelmann S. 919; Fricke S. 282; Meyer S. 20; Richter S. 20; Ebermayer JW. 1929, S. 2219 und „Arzt im Recht" S. 72 (genau entgegengesetzt allerdings a. a. O. S. 109). LG. Greifswald in Arb. Vers. 1927 S. 135 od. JW. 1927, 469 mit der Begründung, daß kein Bedürfnis vorhanden sei. OLG. 14, 26: Es sucht darzutun, daß eine einweisende Fabrik-KK dem Eingewiesenen keine selbständigen Rechte verschaffen könne, weil ein gewisses Unterordnungsverhältnis der Mitglieder ihrer Kasse gegenüber bestehe.

160) Meyer S. 20; Richter S. 20.

161) a. a. O. S. 20

sind, also in einem Unterordnungsverhältnis stehen, den Sinn und die Durchführung des Kassenärzterechts gefährden[162]".

Dem gegenüber ist folgendes hervorzuheben: Nach Sinn und Zweck der Krankenversicherung steht die Betreuung der Versicherten, d. h. ihre Hilfeleistung in Krankheitsfällen überragend im Mittelpunkt der Aufgabe der Krankenkassen als Träger der Versicherung. Dem entspricht das subjektive öffentliche Recht auf Fürsorge in Krankheitsfällen. Es beherrscht das Verhältnis des Versicherten zu seiner Krankenkasse und gipfelt in der Gewährung ärztlicher Hilfe und Behandlung. Würde man bei der Anforderung der der Leistung des Arztes dem Versicherten lediglich die untergeordnete Rolle eines Forderungsgehilfen zu erkennen, so würde man ihn damit zu einer Nebenfigur machen, die seiner Stellung und Bedeutung in dem Dreieck nicht entsprechen würde[163].

Auch der Hinweis auf § 368 d I, 1 RVO. für die Ablehnung eines echten Vertrages zugunsten eines Versicherten kann nicht überzeugen. Diese Bestimmung ist eine allgemeine Vorschrift über den Rahmen der kassenärztlichen Verpflichtungen gegenüber den Kassen, ohne die Rechte des Kassenpatienten zu berühren oder zu schmälern[164]. Ein Verstoß gegen die Auslegungsregel des § 329 BGB. kommt schon aus rein rechtlichen Gründen nicht in Betracht. § 329, der für den Fall der Erfüllungsübernahme die Vermutung dafür aufstellt, daß kein Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 gegeben sei, findet hier keine Anwendung. Denn eine Schuld der KK. gegenüber dem Mitgliede, die sich auf die ärztliche Behandlung selbst erstreckt, besteht nicht. Ihre öffentlich-rechtliche Verbindlichkeit geht vielmehr nur auf die zur „Verfügungstellung" der ärztlichen Behandlung[165]; daher konnte das Krankenhaus auch keine „Schuld" übernehmen.

Aber auch im übrigen kann von einem Verstoß gegen Auslegungsregeln und Einräumung von Rechten an „Außenstehende, die das Kassenärzterecht gefährden", nicht die Rede sein. Die Krankenversicherung soll dazu dienen, den minderbemittelten Bevölkerungsschichten unter allen Umständen eine möglichst gute ärztliche Hilfe für den Krankheitsfall zu sichern, unabhängig von der Zahlungsfähigkeit des Erkrankten. Dabei kann es nur im Sinn der

162) Richter, S. 21
163) Niggemann S. 9.
164) Auch ist es nicht angängig in den Satz: „Der Arzt ist seiner Kasse gegenüber verpflichtet, den Kranken zweckmäßig und ausreichend zu behandeln" das Wort „nur" einzufügen, wie es Richter a. a. O. stillschweigend tut.
165) RG. 74, 165

Einrichtung liegen, das Kassenmitglied dem Arzt gegenüber so gut zu stellen, als es unter den gegebenen Umständen und ohne unbillige Benachteiligung des Arztes oder der Kasse möglich ist. Daraus ergibt sich, daß die Einwendungen fehl gehen, die aus der untergeordneten, abhängigen Stellung des Mitglieds den Schluß ziehen, daß damit die Einräumung von Vertragsrechten unvereinbar sei.

Es muß vielmehr als dem Sinn und dem Zweck der Krankenversicherung entsprechend betrachtet werden, daß der Versicherte dem Arzte gegenüber wenigstens rechtlich nicht schlechter gestellt sein soll, als der Privatpatient gestellt ist, wenn schon mit einer schlechteren tatsächlichen Stellung nach menschlichem Ermessen gerechnet werden muß. „Es wäre aber eine erhebliche Schlechterstellung, dem Kassenmitglied jedes vertragliche Recht gegen den Arzt zu versagen, und ihm nur die Stellung eines Behandlungsobjekts einzuräumen"[166]).

Diese Grundsätze müssen dann erst recht gelten, wenn der Kassenpatient nicht nur von einem Kassenarzte behandelt, sondern in ein Krankenhaus eingeliefert wird. Denn die Krankenanstalt übernimmt hier nicht nur die ärztliche Behandlung, sondern davon abgesehen die gesamte Sorge für Wohnung, Unterhaltung und Pflege des Patienten, er ist noch dazu der Anstaltsordnung unterworfen und begibt sich jedes Aufsichtsrechts und Einflusses auf die Art und Weise seiner Behandlung. Umsomehr müssen ihm daher, wo er sich völlig mit seiner Person einer Anstalt anvertraut, eigene vertragliche Rechte zugesprochen werden[167]).

b) Folgte man dieser Auffassung nicht und nähme man einen bloß ermächtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter an, dann würde man aber trotzdem wohl zu einem wenigstens in der Wirkung brauchbaren Ergebnisse gelangen können. Man müßte dann der KK. das Recht einräumen, auf Ersatz des ihrem Mitgliede entstandenen Schadens zu klagen, sie wäre dann verpflichtet, den erhaltenen Ersatz, soweit er nicht Ersatz des eigenen Schadens ist, an das Mitglied herauszugeben oder ihm den Anspruch darauf abzutreten[168]). („Schadensliquidation aus dem Interesse eines Dritten"). Daß dies möglich wäre, wenn kein echter Vertrag zu Gunsten Dritter vorläge, kann man aus der Rechtsprechung des RG. entnehmen[169]).

166) Stachelhaus, S. 32

167) Vgl. auch RG. JW. 1919, 38 Nr. 4.

168) Darauf macht Zitelmann aufmerksam. S. 867/8. Andeutungsweise auch Calmer S. 8/9, Stachelhaus, S. 33.

169) Vgl. RG. 49, 87, 85, 184 (19. 6. 1914 III. Ziv. S.), 87, 289 (18. 11. 1915, 4. Zivs.), 93, 39 ff.

Hier ist eine Schadensersatzpflicht des Schuldners für den einem Dritten infolge eines Vertragsbruchs entstandenen Schaden für alle Fälle anerkannt worden, in denen ihm ein fremdes Interesse in vertragliche Obhut gegeben wird, ohne Rücksicht darauf, daß er das fremde Interesse kannte oder nicht und zwar nicht nur dann, wenn der Vertragsgläubiger in eigenem Namen, sondern auch wenn er für eigene Rechnung handelte[170]).

Man könnte also diese Ideen ohne weiteres auf unseren Fall übertragen, aber nur, wenn man unterstellt, daß kein Vertrag zu Gunsten der Kassenmitglieder vorliegt, denn diese Konstruktion soll ja nur dann hilfsweise Platz greifen, wenn ausnahmsweise kein echter Vertrag im Sinne der § 328 ff. gegeben ist[171]). Das Ergebnis wäre dann, daß die KK. in der Lage wäre, den dem Versicherten erwachsenen Schaden einzuklagen und diesen Anspruch an ihn abzutreten.

Man fragt sich aber mit Recht[172]), wozu dieser Umweg voller Konstruktionen beschritten werden soll, wo wir doch in den Vorschriften der §§ 328 ff BGB. eine einfachere und klarere Lösung dieser Frage besitzen. Nimmt man einen echten Vertrag zu Gunsten der Kassenmitglieder an, so erwerben sie auf einfachste Art die Ansprüche aus Vertragsverletzung, und auch die Kasse wird dadurch nicht schlechter gestellt.

c) Auch das Reichsgericht und die ständige Praxis der Gerichte nehmen jetzt einen echten Vertrag zu Gunsten der Kassenmitglieder an, sowohl beim Verhältnis der Kassen zu den Krankenanstalten als auch zu den Kassenärzten[173]).

Die Rechtsprechung des RG. stand früher allerdings der Annahme eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter in ähnlichen Fällen ablehnend gegenüber. So hat es noch im Jahre 1914[174]) entschieden, daß in einem zwischen Arzt und Vater geschlossenen Vertrag „das Kind nur der Dritte sei, an dem sich die dem Vater geschuldete Vertragsleistung vollziehen sollte". In Fortbildung der früheren Rechtsprechung hat jedoch dann das RG. in steigendem

---

170) Mehne S. 10.
171) RG. 87, 289 (292).
172) Vgl. auch Rümelin (gegen Zitelmann) S. 44 Anm. 2.
173) RG. vom 4. 6. 1915 in JW. 1915, 916 Nr. 4 = Warn. 1915, 203; = Gruchot, 60, 127, RG. in Recht 1928, Nr. 1546 oder Zmd. Bl. 1928 Beil 123. Bayer. Landesversicherungsamt Arb. Vers. 1927, 277. RVA. in Krank. Vers. 1930, S. 111. RG. HRR. 1930 Nr. 206; 1932, Nr. 1831. Aehnl. auch OLG. Naumburg DK. 1930, Nr. 1260 und OLG. Hamburg in MonSt rUnf. 1931, S. 174.
174) RG. 85, 183.

Umfange[175]) den Abschluß von echten Verträgen zu Gunsten Dritter in Fällen angenommen, in denen Dritten ein Schaden erwachsen war.

In Verfolg dieser Entwickelung hat es dann im Jahre 1915 anerkannt, daß dem Mitglied einer Ortskrankenkasse, das von dieser in einem Krankenhaus untergebracht war, gegen letzteres ein unmittelbarer vertraglicher Schadensersatzanspruch zustehe[176]).

Ob es sich dabei um einen Vertrag handelt, der zwischen der Kasse und der Krankenanstalt allgemein über die Behandlung der zugewiesenen Kassenmitglieder abgeschlossen wird, oder nur um einen Vertrag, der nur für den Einzelfall ausdrücklich oder stillschweigend durch Zuweisung und Vornahme der Behandlung zustande kommt, kann keinen Unterschied machen[177]).

Ebenso wie in der Rechtsprechung wird auch im Schrifttum fast durchweg zu Gunsten der Kassenpatienten ein Vertrag gemäß §§ 328 ff BGB. angenommen[178]).

Das gilt jedoch nicht für das Verhältnis zu den Vertrauensärzten. Denn diese fühlen sich als Angestellte der KK., wenn auch jetzt eine Lockerung des Verhältnisses zu den Krankenkassen angebahnt worden ist, und haben gar nicht den Willen, den Versicherten unmittelbare vertragliche Ansprüche zu gewähren.

3) Es ist nun noch etwas näher auf die theoretischen Voraussetzungen und den Inhalt des echten Vertrages zu Gunsten Dritter einzugehen.

a) Nach § 328 BGB. kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. Das Versprechen der Leistung an einen Dritten bedarf der Form des Vertrages, in dem es erteilt wird. Für die Form des Vertrages ist lediglich das Verhältnis zwischen dem Versprechenden, hier also dem Arzt oder der

175) Vgl. JW. 1930, 3092 Nr. 4.
176) Vgl. Anm. 173), RG. JW. 1915, 916.
177) RG. in HRR. 1932, Nr. 1831.
178) Calmer S. 9.
Hahn-Kühne § 368 Anm. 1 c S. 565.
Heinemann LZ. 1925, 244; BK. 25, 125; Kassenarztrecht S. 27.
Hellwig S. 28.
Hoffmann § 184, S. 113.
Lustig S. 253.
Niggemann S. 9.
Philipsborn S. 52/3, 55, 84. Jahrb. S. 96, Bem. 7.
Rümelin S. 44/5.
Stachelhaus S. 30 ff.
Treitel DK. 30, 1325, 32, 1116 (1117).

Krankenanstalt, und der KK. maßgebend. Dieses stellt sich im gegebenen Fall als ein Dienstvertrag dar; auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten braucht in diesem Zusammenhange nicht eingegangen zu werden.

Als Dritte kommen zunächst alle diejenigen Mitglieder der KK. in Betracht, die zur Zeit des Abschlusses der Verträge zwischen der KK. und den Ärzten oder Krankenhäusern der Kasse schon angehören. Diese Dritten sind also in den Verträgen von vornherein bestimmt[179]; einer individuellen Aufzählung, die jeder Zeit möglich wäre, bedarf es nicht[180].

Unter den Begriff der Dritten fallen aber ebenso auch die Kassenmitglieder, die erst nach Abschluß des Vertrages der Kasse beitreten. Denn daß diese Personen bei Vertragsabschluß noch nicht bestimmt sind, ist ohne Belang. Es genügt zur Begründung eines Rechts aus § 328 BGB., daß die Person des berechtigten Dritten bestimmbar ist[181]. Das ist in genügender Weise der Fall, da der Dritte immer nur ein Mitglied der KK. oder ein bestimmter Angehöriger eines solchen Mitglieds sein kann[182].

b) Der Vertragsinhalt wird durch den Parteiwillen, also vom Versprechenden und vom Versprechensempfänger, bestimmt. Der Dritte erwirbt eine Forderung aus dem Vertrag nur dann, wenn dies der Absicht der Vertragsschließenden entspricht. Ob das der Fall ist, ist eine Auslegungsfrage, die gemäß § 328, II nach der Gesamtheit der Umstände, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu entscheiden ist. Dem Vertragszweck ist dabei die Bedeutung eines objektiven Maßstabes für die Ermittlung des Vertragsinhalts beizumessen, „sodaß alle Verabredungen vom Vertragswillen als mitumfaßt gelten müssen, welche die Parteien getroffen haben würden, wenn sie sich die aus dem Zweck zu entnehmenden Verpflichtungen vergegenwärtigt hätten"[183]. Ob sich die Parteien bei der Eingehung des Vertrages der Tragweite ihrer Vereinbarung bewußt gewesen sind, ist daher unerheblich.

Daß aber der Zweck gerade eines zwischen einer KK. und einem Arzt oder einer Krankenanstalt zu Gunsten der Kassenmitglieder geschlossenen Dienstvertrages dahin gehen muß, diesen

179) a. Ans. wohl Heinemann LZ. 25, 248.
180) Stachelhaus S. 35.
181) RG. 106, 126; RG. JW. 1930, 3092 Nr. 4.
182) Heinemann, Kassenarztrecht, S. 27.
183) RG. JW. 1915, 916, Nr. 4; ebenso RG. HRR. 32, 1831.

alle Rechtsansprüche zuzuweisen, die sie haben würden, wenn sie selbst unmittelbar einen Vertrag mit dem Krankenhaus geschlossen hätten, ist oben schon dargelegt worden. Dagegen wird man auch nicht einwenden können, daß von der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum BGB. folgende Vorschrift abgelehnt worden ist:

„Eine solche Zuwendung des Rechts auf die versprochene Leistung ist insbesondere anzunehmen, wenn diese eine Fürsorge für den Dritten bezweckt"[184]).

Denn jener Antrag ist damals nur deshalb abgelehnt worden, weil aus dem Zwecke der Fürsorge allein nicht unter allen Umständen die Absicht gefolgert werden könne, dem Dritten unmittelbar ein Recht zu verschaffen; man hatte jenen Antrag also nur deshalb nicht berücksichtigt, weil der hervorgehobene Gesichtspunkt der Fürsorge zu eng sei und nur verwirrend wirken könne[185]). Man kann also aus der Ablehnung jenes Antrages nicht etwa schließen, daß in allen Fällen der Fürsorge für den Dritten ein unmittelbares Recht ausgeschlossen sei, ebensowenig wie in jedem Fall einer Fürsorge ein unmittelbares Recht des Dritten anzunehmen ist; im übrigen sind es im heutigen Rechtsleben ja gerade die Hauptbeispiele eines echten Vertrages zu Gunsten Dritter, wie z. B. bei der Lebensversicherung, in denen das treibende Motiv die Fürsorge für einen Dritten ist.

Im vorliegenden Falle ist nun der Vertragszweck nicht bloß der einer öffentlichen Fürsorge, sondern insbesondere die Beschaffung einer sachgemäßen Krankenbehandlung für den Versicherten. Dieser Zweck ist nur dadurch zu erreichen, daß der Dritte zwischen der KK. und dem Krankenhaus ein eigenes Recht auf ordnungsgemäße Behandlung erlangt[186]).

Der Dritte erwirbt sein Recht nicht etwa durch eine stillschweigende Zession, so daß er an die Stelle des Versprechensempfängers treten würde, sondern ihm entsteht das Recht unmittelbar. Daher ist es nicht notwendig, daß das ganze Rechtsverhältnis, also alle Rechte des Versprechensempfängers auf ihn übertragen werden, dem Versicherten also auch z. B. die Verfügung über die Dauer und Art der Behandlung eingeräumt wurde; es können vielmehr beliebige Einzelwirkungen zu Gunsten des Dritten vom Versprechenden und Versprechensempfänger verabredet werden. Der

184) Protokolle, Bd. I S. 751, 3.
185) Prot. I 754/5; OLG. 2, 475.
186) RG. in JW. 1915, 916.

Versicherte hat nur den Anspruch auf Behandlungsbereitschaft, sowie ordnungsgemäße Durchführung dieser Behandlung, wie sie nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft vorzunehmen ist. Ebenso kann er die Ansprüche aus einer etwaigen Vertragsverletzung geltend machen. Weitere Ansprüche stehen ihm nicht zu.

Zweifelhaft kann der Zeitpunkt des Entstehens der Rechte für den Versicherten sein. Richtiger Ansicht nach dürfte der Anspruch des Versicherten mit der Einweisung durch seine Krankenkasse entstehen, nicht schon mit dem Krankheitsfall, aber nicht erst mit der Übernahme der Behandlung durch die Krankenhausverwaltung oder den Kassenarzt, wie es Heinemann[187] will. Die praktische Folge unserer Ansicht ist, daß dem Versicherten schon mit der Einweisung gegen die Ärzte ein klagbarer Anspruch auf Behandlung zusteht, und er den durch Verzögerung der Aufnahme der Behandlung eventuell entstehenden Schaden von den Ärzten aus Verzugsgrundsätzen ersetzt verlangen kann. Da, wie bereits hervorgehoben, die Vereinbarung eines echten Vertrages zugunsten Dritter keine Zession der Ansprüche des Versprechensempfängers an den Dritten enthält und auch ein Verzicht der Rechte des Versprechensempfängers gegenüber dem Versprechenden im allgemeinen nicht anzunehmen ist, bleiben im Zweifel alle Rechte der KK. gegen die Ärzte aufrecht erhalten; dies ergibt sich aus § 335 BGB.[188].

Die KK. hat gegen die Ärzte also alle Ansprüche, die der Versicherte auch hat, nur mit dem Unterschied, daß ihr erheblich mehr Ansprüche zustehen, als dem Versicherten; insbesondere hat sie jederzeit die Möglichkeit, auf die Art und Dauer der Behandlung des Versicherten einzuwirken, während diese Rechte dem Dritten nicht zustehen. Wenn sich auch die Forderungen der KK. gegen die Ärzte einerseits und des Versicherten gegen die Ärzte andererseits zum Teil decken, nämlich soweit sie auf ordnungsgemäße Heilbehandlung gehen, so kann man hier doch von keiner „Gesamtforderung" sprechen, da der Versprechensempfänger die Leistung an sich selbst nicht verlangen und der Schuldner an ihn nicht leisten kann[189]. Man könnte diese Forderungen höchstens als eine „Art Gesamtberechtigung" bezeichnen[190].

c) Was nun die Natur dieser Ansprüche der Versicherten aus § 328 BGB. anbelangt, so sind sie m. E. in jedem Falle bürgerlich-rechtlich.

187) Heinemann in LZ. 1925, Sp. 248.
188) Unrichtig Calmer, S. 16 Anm. 2, die offenbar § 335 BGB. übersieht.
189) Enneccerus-Lehmann, § 35, IV 2 S. 139.
190) So Treitel, DK. 1930, 1330.

Das gilt zunächst für den Kassenarztvertrag, wenn man das oben gefundene Ergebnis unserer Untersuchung zu Grunde legt, daß das Verhältnis zwischen KK. und Kassenärzten bürgerlich-rechtlich ist. Aber auch wenn man der Ansicht ist, das Verhältnis zwischen KK. und Kassenärzten sei öffentlich-rechtlich, muß man m. E. dennoch einen bürgerlich-rechtlichen Anspruch des Mitglieds gegen den Kassenarzt annehmen. Denn die Vertragsparteien öffentlich-rechtlicher Verhältnisse können dritten Personen auch Ansprüche gewähren, die dem öffentlichen Recht nicht angehören[191]). Außerdem scheint es mir aus grundsätzlichen Erwägungen heraus nicht angängig, die gesamten Beziehungen zwischen Versicherten und Kassenärzten öffentlich-rechtlich zu konstruieren. Zwar ist das Verhältnis des Versicherten zu der KK. öffentlich-rechtlich, denn diese steht als Hoheitsperson über ihm und entscheidet nach pflichtgemäßen, Ermessen, ob sie und in welcher Weise sie Krankenhilfe gewähren will. Anders steht jedoch der Versicherte zu den Kassenärzten; diesen kann man unmöglich den Kassenpatienten gegenüber eine ebenso starke Stellung einräumen, wie der KK. Dagegen spricht vor allem der Sinn der Krankenfürsorge, nämlich überall da, wo es nur irgendwie möglich ist, dem Versicherten eine Behandlung zu verschaffen, die der eines Privatpatienten in nichts nachsteht.

Ebenso ist auch die Stellung des Versicherten zu den Krankenhäusern zu verstehen. Das gilt nicht nur für die Fälle, wo die KK. Krankenhausverträge mit Privatkrankenhäusern abgeschlossen hat, sondern auch in Fällen, in denen Vertragspartner der Staat oder eine Gemeinde als Unternehmer der Krankenhäuser sind.

Nach Erasmy[192]) soll allerdings in solchen Fällen der Gedanke an ein zivilrechtliches Verhältnis zwischen dem Kranken und der Anstallt ausscheiden müssen, weil die Aufnahme des Kranken nicht wie beim Privatpatienten auf seinem freien Beschluß beruhe, sondern auf dem Zusammenwirken der Anstalt und der Kasse, die beide in Erfüllung der ihnen obliegenden öffentlich-rechtlichen Aufgabe handeln. Wenn man diese Ansicht vertritt, muß man natürlich davon ausgehen, daß das Krankenhaus der Stadt eine öffentliche Anstalt ist und kein gewerbliches Unternehmen darstellt, was aber wohl nur selten vorkommen wird; letzteres könnte man nur dann vielleicht annehmen, wenn die Mehrzahl der Patienten zu Verpflegungssätzen aufgenommen werden, die die Selbstkosten erheblich

191) Umgekehrt wäre das allerdings nicht möglich; aus einem bürgerlich-rechtlichen Verhältnis zwischen Versprechensempfänger und Versprechenden kann kein öffentlich-rechtlicher Anspruch des Dritten entstehen.

192) a. a. O. S. 9.

übersteigen, oder wenn das Krankenhaus anderen Gemeinden die Benutzung der Anstalt gegen Entgelt in der Absicht der Gewinnerzielung gestattet[193]).

Aber auch wenn man unterstellt, daß das städtische Krankenhaus eine rein öffentliche Anstalt ist, kann jener Ansicht nicht zugestimmt werden. Betrachtet man nur das Rechtsverhältnis einer staatlichen oder städtischen Krankenanstalt zu einem „zahlungsfähigen" Privatpatienten, so muß man mit der herrschenden Meinung[194]) ein privatrechtliches Verhältnis annehmen; denn der Umstand, daß das Krankenhaus einer gemeinnützigen Bestrebung dient, hindert nicht, daß der Staat oder die Stadt als Unternehmer über die zu gewährenden Leistungen Verträge abschließen. Anders ist es nur dann, wenn ein Kranker aus Gründen der Sorge für die Gesundheitspflege, für die Rechtspflege und für die öffentliche Sicherheit infolge behördlicher Maßnahmen (also um einen polizeiwidrigen Zustand zu beseitigen) Aufnahme in ein städtisches Krankenhaus findet[195]). Wendete man diesen Gedanken auf unseren Fall an, müßte man notwendigerweise zu einem privatrechtlichen Verhältnis zur Stadtgemeinde gelangen, da der einzelne Versicherte ja insofern auch „zahlungsfähiger" Patient ist, nur mit dem Unterschied, daß die Bezahlung durch einen Dritten vorgenommen wird.

Will man sich aber dieser Folgerung verschließen, so kann dennoch der Ansicht von Erasmy, daß ein öffentlich-rechtliches Verhältnis entstanden sei, nicht beigepflichtet werden, denn seine Ansicht übersieht, daß in unserem Falle ein bürgerlich-rechtlicher Dienstvertrag zwischen dem Staat oder der Stadt und der KK. geschlossen worden war. Dieses „Zusammenwirken zweier juristischer Personen des öffentlichen Rechts" hat nicht notwendig, wie oben[196]) ausführlich begründet wurde, das Ergebnis von öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen diesen zur Folge. Die beiden öffentlich-rechtlichen Personen kontrahieren vielmehr als Privatpersonen, und das

193) So Buck S. 202.

194) RG. 83, 71 = JW. 1913, 976 Nr. 3 = Seuff. A. 69, Nr. 119. RG. 64, 231. Das RG. hält auch ein privatrechtliches Verhältnis gegenüber einem Patienten der dritten Klasse, der sich den Studenten vorstellen lassen muß, für möglich; Entscheidung v. 24. 3. 1916 zit. b. Ebermayer Arzt i. R. S. 111. RG. DRZ. 1929, 312, Calmer S. 20 Anm. 3; Philipsborn S. 36; Isay S. 127, 128. Ähnl. Rosenstock PrVBl. 34, 264. Erst recht gilt das natürlich bei polizeilichem Zwang RG. JW. 1930, 1582, auch wenn die Verpflegungskosten gezahlt werden. a. An. Kiesel PrVBl 34, 181, OLG. Hamburg 1919. 26. Krankenhauswesen 1927, 401; 1. 3. 29 HRR. 29, 1316.

195) RG. 91, 264 = JW. 1918, 260.

196) s. S. 57 ff. der Arbeit.

Ergebnis war ein privatrechtlicher Dienstvertrag zugunsten der Versicherten. Wenn aber der Vertrag, aus dem die Berechtigung des Dritten, des Versicherten, unmittelbar entspringt, bürgerlich-rechtlich ist, so kann auch der Anspruch des Dritten kein anderer als ein bürgerlich-rechtlicher sein[197].

So hat denn auch die Rechtsprechung die Entstehung von bürgerlich-rechtlichen Ansprüchen von Mitgliedern der Ortskrankenkassen bei Einweisung in ein städtisches Krankenhaus oder auch in ein Krankenhaus, das einem Verband der Ortskrankenkassen gehörte, mit Recht bejaht[198].

4. Das Ergebnis ist also, daß dem Kassenpatienten gegen die behandelnden Ärzte, seien es nun Kassenärzte oder Unternehmer der Heil- oder sonstigen Anstalten, ein unmittelbarer Anspruch auf ordnungsgemäße Durchführung der von der KK. zur Verfügung gestellten Heilbehandlung zusteht. Demgemäß stehen ihm auch alle Ansprüche zu, die sich aus Verletzung dieser Vertragspflicht ergeben können. Es kommen alle Haftungsgrundsätze über Unmöglichkeit, Verzug und positive Vertragsverletzung zur Anwendung, die bereits oben[199] ausführlich behandelt wurden. Insbesondere greift die wichtige Vorschrift des § 278 BGB. Platz, nach der der Arzt, oder das Krankenhaus ohne Rücksicht auf eigenes Verschulden und ohne die Möglichkeit des Entlastungsbeweises zu haben[200] für Verschulden aller Hilfspersonen aufkommen muß, seien es Assistenzärzte, Krankenschwestern, Krankenpfleger usw.

Von juristischem Interresse, jedoch für die Ansprüche des Kassenpatienten ohne große Bedeutung, ist dabei die Tatsache, daß die KK. ebenfalls Schadensersatzansprüche durch die Verletzung des Versicherten erlangt, da der Vertrag zu gunsten Dritter dem Versprechensempfänger, also der KK., gemäß § 335 BGB alle vertraglichen Ansprüche ausdrücklich beläßt[201] Das Verhältnis der Ansprüche des Kassenmitglieds und der KK. werden unten[202] besprochen. Nur soviel kann hier schon gesagt werden, daß die Höhe dieser beiden Schadensersatzansprüche wohl niemals identisch sein wird, da sich die Höhe des Schadensersatzanspruches immer nach dem tatsächlich erlittenen Schaden richtet: Der Schadensersatzanspruch der KK. geht nur auf Ersatz der ihr durch die Verletzung des

197) vgl. oben S. 68 Anm.
198) OLG. Naumburg in DK 1930, 1260. OLG. Hamburg Monschr.UnfH. 1931, 174. RG, HRR. 32, 1831, Auch RG. JW. 1915, 916 Nr. 4 am E.
199) s. Allgemeiner Teil der Arbeit S. 11 ff.
200) § 831 BGB.
201) vgl. oben S. 67 der Arbeit.
202) s. unten S. 74 ff der Arbeit.

Mitglieds neuerlich entstandenen Leistungspflichten aus der RVO., während der Schadensersatzanspruch des Mitglieds dagegen auf Ersatz seines gesamten körperlichen und wirtschaftlichen Schadens geht.

C. Im folgenden soll ein Sonderfall der deliktischen Haftung untersucht werden, nämlich die Frage, welche Ansprüche das Kassenmitglied hat, wenn es in Heilanstalten eingewiesen und dort durch Verschulden der Aerzte oder des Personals zu Schaden kommt. Soweit das Krankenhaus von einem privaten Unternehmer verwaltet wird, bietet die Beantwortung der Frage keine Schwierigkeiten. Hier gelten die allgemeinen Grundsätze der deliktischen Haftung nach §§ 823 ff. BGB. Anders ist es jedoch, wenn die Krankenhäuser, wie es wohl meist der Fall sein wird, vom Staat oder Gemeinden einerseits oder von gemeinnützigen Vereinen der inneren Missionen andererseits betrieben werden. Für deren Haftung kommen möglicherweise die Spezialvorschriften des § 839 BGB. Art. 131 des Gesetzes vom 11. 8. 1919 und §§ 31, 89 BGB. in Betracht, deren Anwendungsmöglichkeit nacheinander im folgenden geprüft werden soll.

I. Für die deliktische Haftung des Staates oder der Gemeinden können für diese Untersuchung zunächst Art. 131 in Vbd. mit § 839 BGB. Anwendung finden. Diese Vorschriften haben für den Kassenpatienten insofern große Bedeutung, als, falls sie vorliegen, nicht nur der Staat oder die Gemeinde haftet, sondern auch die Inanspruchnahme des eigentlich Schuldigen, also z. B. Arzt oder Krankenschwester, durch den Verletzten ausgeschlossen ist. Die einzelnen Voraussetzungen dieser Vorschriften sind schon erörtert worden[203]. Hervorzuheben ist nur noch einmal, daß der Begriff des Beamten nicht identisch ist mit dem des Reichsbeamtenbegriffes, sondern alle die Personen umfaßt, die mit öffentlicher Gewalt bekleidet sind. Ebenfalls wird von der Rechtsprechung der Begriff der öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 131 weit gefaßt; danach fällt unter diesen Begriff auch die Betätigung staatlichen Schutzes und staatlicher Fürsorge.

Die Rechtsprechung hat in solchen Fällen den öffentlichen Verband nicht nur bei einem Verschulden des behandelnden Arztes haften lassen, sondern hat sogar z. T. den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß die Körperschaft für alle Hilfspersonen hafte, deren sie sich bei Ausübung ihrer Fürsorge bedient; sie hat demgemäß die Haftung auch für Verschulden von Krankenschwestern und Pflegern bejaht[204]. Ob das Letztere in dieser allgemeinen Form zutrifft,

203) vgl. oben S. 25 ff.
204) OLG. Hamburg Krankenhauswesen 1927, 401 ff; HRR. 29 1316.

scheint mir zweifelhaft, man wird die Haftung für solche Hilfspersonen richtigerweise wohl nur dann eintreten lassen, wenn diese nicht blose mechanische Tätigkeiten ausüben[205]), sondern ihnen ein gewisses Maß von Selbständigkeit und öffentlicher Machtbefugnisse eingeräumt ist (z. B. vielleicht bei einer Oberin).

Diese Grundsätze haben aber nur in den Fällen Geltung, wo es sich tatsächlich um Maßnahmen staatlicher Fürsorge handelt. Eine Haftung der Stadt oder des Staates würde also eintreten, wenn ein Kranker vornehmlich aus Gründen der Sorge für die allgemeine Gesundheitspflege oder öffentlichen Sicherheit Aufnahme in ein staatliches oder städtisches Krankenhaus gefunden hat[206]), keine Haftung tritt jedoch ein, wenn, wie in vorliegendem Fall, die Krankenhausaufnahme durch die Stadt nur privatrechtlichen Charakter trägt. Sie handelt hier nämlich nur im Verfolg ihrer privatwirtschaftlichen Interessen, wenn sie ihrer aus dem zwischen der KK. und ihr abgeschlossenen bürgerlich-rechtlichen Dienstvertrag entspringenden Vertragspflicht nachkommt und den Versicherten in ihr Krankenhaus aufnimmt. Daß das Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Kassenpatienten als rein bürgerlich-rechtlich aufzufassen ist, ist oben[207]) schon besonders begründet worden.

Für solche Fälle kann aber die Staatshaftung nach § 839, Art. 131 nicht Platz greifen, da sie nur den Teil der staatlichen Verwaltung — allerdings in vollem Umfange[208]) — deckt, der nicht zu der privatrechtlich geordneten Seite gehört. Hat also der Beamte nicht als Organ der Staatsgewalt, sondern als Vertreter des Staates als Privatrechtssubjekt, als Fiskus, gehandelt, so bewendet es bei den Vorschriften der §§ 31, 89 BGB.[209]).

II. Die Haftung für Schäden, die verfassungsmäßige Willensorgane einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (§ 89 BGB.) in Ausübung der ihnen zustehenden Verrichtungen verursacht haben, ist die gleiche, wie bei den juristischen Personen des Privatrechts §§ 31, 89 Abs. 1 BGB. Die Haftung der gemeinnützigen Vereine des Privatrechts für schuldhafte Handlungen in ihren Anstalten ist also hiernach genau dieselbe wie für Staat und Gemeinden.

Der Begriff des „verfassungsmäßig berufenen Vertreters" ist streitig. Es wurde die Auffassung vertreten, daß „alle als Teile

205) vgl. RG. 118, 243, 120, 164.
206) RG. JW. 1918, 260 Nr. 1.
207) s. S. 68 ff der Arbeit.
208) RG. 91, 273 ff, RGRK. S. 688.
209) RG. 131, 239 (249, 250), vgl. Art. 77 EGBGB. Unkonsequent daher RG. 112, 290 ff. das auch bei öffentlichrechtlichem Verhältnis §§ 31, 89 Anwendung finden läßt, vgl. auch Calmer, S. 40/1.

des Verbandsorganismus gesetzten Personen, die berufen sind, eine Funktion des Verbandswesens zu versehen" unter §§ 31, 89 fallen[210]). Nach anderen sollte die Haftung nur dann eintreten, wenn „die Spitzen der Verwaltung" einen zum Ersatz verpflichtenden Schaden angerichtet haben[211]). Beide Auffassungen sind abzulehnen und werden heute kaum noch vertreten[212]). Beachtlicher ist die auch vorübergehend vom Reichsgericht vertretene Auffassung, daß es in der Regel für die Haftung nur auf die Selbständigkeit der Stellung des Beamten, sowie auf die Wichtigkeit und den Umfang des ihm zugewiesenen Geschäftskreises ankomme[213]).

Nach jetzt feststehender Rechtsprechung haben nur diejenigen als verfassungsmäßig berufene Vertreter zu gelten, die durch ein Gesetz oder eine gleichwertige Organisationsbestimmung z. B. Ortsstatut zur Vertretung berufen sind und innerhalb ihres Geschäftsbereiches eine dem Vorstand der juristischen Person ähnliche, selbständige Verantwortlichkeit und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht haben[214]). Allein diese Auffassung entspricht dem Wortlaut des § 31 BGB. und nur sie bewahrt uns vor der Gefahr, den Begriff des Vertreters beliebig zu erweitern.

So hat das RG.[215]) dem Leiter einer Heil- und Pflegeanstalt, die von einer gemeinnützigen juristischen Person betrieben wurde, die Vertretereigenschaft um deswillen aberkannt, weil er nicht in der Satzung vorgesehen war; wenn diese Voraussetzung nicht vorliege, komme es auf die Selbständigkeit und Verantwortlichkeit selbst einer umfassenden Stellung nicht mehr an.

Nach §§ 31, 89 können daher Staat und Gemeinden als Verwalter von Krankenanstalten ebenso wie die gemeinnützigen Vereine der inneren Mission nur dann haftbar gemacht werden, wenn ein Verschulden derjenigen Personen vorliegt, die als Organe und vor allem als verfassungsmäßig berufene Vertreter in der Satzung vorgesehen sind. Möglich ist unter diesen Voraussetzungen z. B. die Haftung einer Stadt, wenn etwa die zuständigen Dezernenten[216]) es unterlassen haben, bestimmte Richtlinien für die Krankenhäuser aufzustellen oder sich von der Durchführung getroffener Anordnungen von Zeit zu Zeit zu überzeugen. In einem solchen Falle

210) Gierke S. 110.
211) Klingmüller S. 43.
212) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 103, 1, 2.
213) RG. 70, 119; ähnlich auch v. Staudinger Bd. I, S. 217.
214) RG. 74, 21, 256; Recht 1911, 447; JW. 1911, 939 Nr. 1, 1912, 338 Nr. 2; RG. 120, 307; Komm. v. RGR. § 31 Anm. 1 S. 45.
215) RG. in JW. 1912, 338 Nr. 2 (339).
216) Vgl. auch § 59 der ehemaligen östlichen Städteordnung vom 13. 6. 1853.

trifft dann die Gemeinde oder sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaft ohne Zulassung des in § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. vorgesehenen Entlastungsbeweises die Verantwortung, gleich als ob sie selbst den Schaden verursacht hätte.

III. Liegen die Voraussetzungen der §§ 31, 89 nicht vor, dann bleibt immer noch als weiterer Klagegrund die Vorschrift des § 831 BGB. Die Anwendung dieser Vorschrift ist ebenso wie die des § 31 nicht auf die Fälle der Haftung von Privatpersonen oder juristischen Personen des Privatrechts beschränkt, sondern kann auch die Haftung des Staates oder öffentlich-rechtlicher Körperschaften begründen, sofern diese sich privat-rechtlich betätigen. Das haben wir aber auch gerade für die Betätigung eines staatlichen oder städtischen Krankenhauses angenommen, wenn es mit einer Krankenkasse zu Gunsten deren Versicherten Dienstverträge abschließt.

Der Verband ist danach zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den seine Verrichtungsgehilfen, also alle Personen, die in dem Krankenhaus beschäftigt sind, den Kassenpatienten in widerrechtlicher Weise zufügen. Um seine Haftung abzuwenden, muß sich der Verband exculpieren; er muß also nachweisen, daß er bei Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Im übrigen muß auf das oben Ausgeführte verwiesen werden[217].

D. Im folgenden soll nun gezeigt werden, wie die einzelnen festgestellten Ansprüche des Kassenpatienten und die vertraglichen Ansprüche der KK. gegen die Vertragspartner (also Kassenärzte oder Krankenanstalten) zueinander stehen und welche Wirkung der gesetzliche Forderungsübergang nach § 1542 RVO. dabei ausübt.

I. Oben[218] ist eingehend begründet worden, daß die KK. selber auf Grund ihrer mit den Ärzten und Krankenhäusern abgeschlossenen Dienstverträge gemäß §§ 276, 278 einen Schadensersatzanspruch gegen ihre Vertragspartner erlangt hat, und auch dieser nicht deswegen entfallen konnte, weil es sich um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter gemäß § 328 ff. handelte (vergl. § 335 BGB.)[219]. Die Höhe ihres Anspruchs ergibt sich aus den ihr neuerlich entstandenen Leistungspflichten aus der Versicherung und entspricht also genau den Forderungen, die das Kassenmitglied gegen sie auf Grund der §§ 180 ff RVO. erheben kann.

217) vgl. S. 16 ff. der Arbeit.
218) s. S. 67, 70 der Arbeit.
219) Das wurde oben S. 67, 70 der Arbeit behandelt.

II. Zu diesem selbständigen Anspruch der KK. gegen ihre Vertragspartner gesellt sich nun kraft Gesetzes ein weiterer Anspruch hinzu, dessen Höhe sich mit jenem selbständigen Anspruch genau deckt. Denn „soweit die nach der RVO. Versicherten nach anderen gesetzlichen Vorschriften Ersatz eines Schadens beanspruchen können, der ihnen durch Krankheit oder Unfall erwachsen ist", geht nach § 1542 RVO.[220] „der Anspruch auf die Träger der Versicherung insoweit über, als sie den Entschädigungsberechtigten nach der RVO. Leistungen zu gewähren haben". Nach der Vorschrift des § 1542 gehen also die Ansprüche des Versicherten, die ihm gegen die unmittelbaren oder mittelbaren Schädiger zustehen, insoweit auf die KK. über, als der Versicherte überhaupt Leistungen von der KK. beanspruchen kann. Der Umfang, in dem der Übergang stattfindet, bemißt sich also nicht nach dem, was die KK. dem Verletzten tatsächlich gewährt, wie dies im Versicherungsvertragswesen nach § 67 VVG. der Fall ist, sondern nach dem, was sie ihm, solange ihre Verpflichtung besteht, auf Grund der RVO. zu gewähren rechtlich verpflichtet ist[221]. Zu beachten ist, daß unter § 1542 nicht nur die Versicherten oder deren Hinterbliebenen fallen, sondern ebenso auch freiwillig Versicherte dazu gerechnet werden[222].

Aus dem Wortlaut des § 1542 folgert das RG. mit Recht, daß sich der Forderungsübergang bereits im Augenblick der Entstehung des Unfalles vollzieht[223]. Die Forderung entsteht zwar zuerst in der Person des Verletzten, geht aber unmittelbar nach der Entstehung durch die Person des Verletzten hindurch auf den Versicherungsträger über, „indem sich Entstehung und Übergang zeitlich berühren"[224]. Hiernach ist der Forderungsübergang nicht einmal von der Feststellung abhängig, welche Leistungen die Versicherungsträger im konkreten Fall nach dem Gesetz zu bewirken verpflichtet[225] sind. Der Beschädigte ist zu ihrer Geltendmachung nicht aktiv legitimiert; er kann also Ersatz des Schadens von dem Schädiger nur insoweit verlangen, als seine Ansprüche die Leistungen aus der öffentlichen Versicherung übersteigen.

Immer aber ist erforderlich, daß die Forderung des Versicherten einredefrei bestand, denn sonst könnte der Schädiger auch dem Versicherungsträger nach Übergang der Forderung dieselbe Einrede

220) Näheres darüber Werneburg „Der Sozialversicherungsbeamte" 1935, 129
221) Lehmann § 1542 Anm. 13.
222) EnM. 7, 273; Recht 14 Nr. 418.
223) RG. 60, 200; 76, 281; 91, 145; 103, 219; 124, 113.
224) RG. 91, 145.
225) Gottlieb JW. 1931, 1433.

gemäß §§ 421, 404 BGB. entgegensetzen. Eine solche Einrede könnte man nun vielleicht zu Gunsten des Schädigers in einer „Vorteilsausgleichung" erblicken. Die Frage ist also, ob der Schädiger nicht schon von vorneherein der Forderung des verletzten Versicherten entgegenhalten kann, daß dieser in Höhe seiner Versicherungsansprüche überhaupt keinen Schaden erlitten habe, sich mit anderen Worten also jene Leistungen aus der Versicherung anrechnen lassen müsse. Diese Frage ist jedoch schon mit eingehender Begründung aus grundsätzlichen Erwägungen heraus verneint worden [226].

Für die Fälle des gesetzlichen Forderungsüberganges nach § 1542 könnte man diesen grundsätzlichen Erwägungen noch einen weiteren Gesichtspunkt hinzufügen, indem man sich klar macht, daß der Versicherungsträger die ihm obliegenden Leistungen nur gegen Übergang der Schadensersatzforderung schuldet[227], die Forderung also beim Übergang durch kein lucrum einredebehaftet ist.

Es könnte aber beispielsweise durchaus die Einrede des mitwirkenden Verschuldens des Versicherten (§ 254) [228] auch der KK. gegenüber erhoben werden, um auf diese Weise Abweisung oder Teilabweisung der Klage gegen den Schädiger zu erzielen[229].

Was nun den Inhalt des gesetzlichen Forderungsüberganges anbelangt, so gehen zunächst alle die materiellen Schadensersatzansprüche des Versicherten über, die er auf Grund der Vorschriften über die unerlaubten Handlungen gegen die unmittelbar oder mittelbar haftenden Personen richten kann.

Selbstverständlich gehen auch weiterhin diejenigen Ansprüche auf die KK. über, die der Versicherte auf Grund der zu seinen Gunsten abgeschlossenen Dienstverträge erworben hat, denn auch diese beruhen auf gesetzlicher Vorschrift: §§ 328, 276, 278 BGB.[230]. Ebensowenig würde dem § 1542 eine etwaige Unpfändbarkeit der Forderung entgegenstehen können[231].

Sehr streitig ist nun aber, ob auch der dem Versicherten gegen die nach Deliktsrecht haftenden Personen zustehende Schmerzensgeldanspruch (§ 847 BGB.) auf die KK. übergeht. Die heute wohl

226) Vgl. S. 24 ff dieser Arbeit.
227) Cranz, JW. 1932, 25.
228) s. S. 19 ff der Arbeit.
229) näheres Werneburg, Der Sozialversicherungsbeamte, 1935, 131.
230) Mißverständlich Lehmann § 1542 Anm. 4 S. 72 oben.
231) RG. Inv. Vers. 1930, 180; OLG. Naumburg JW. 1933, 2716

herrschende Ansicht verneint diesen Uebergang mit Recht[232]. Der durch § 1542 RVO. angeordnete Uebergang ist ein gesetzlicher Forderungsübergang im Sinne von § 412 BGB., nach dem die Vorschriften über die vertragliche Abtretung entsprechende Anwendung finden[233]. Nach § 847, I, 2 kann der einen Teil des Schadensersatzanspruchs bildende Schmerzensgeldanspruch nicht übergehen, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist; innerhalb des durch § 1542 RVO. angeordneten Forderungsüberganges kann aber der Anspruch auf Schmerzensgeld deswegen nicht abtretbar gemacht werden, weil er bereits im Augenblick der cessio legis übertragbar sein muß.

Die Zulassung des Ueberganges des Schmerzensgeldanspruchs würde überdies nicht dem Zwecke des § 1542 entsprechen. Diese Vorschrift soll nämlich einmal den Versicherungsträger für seine Aufwendungen schadlos halten und weiterhin eine doppelte Entschädigung des Verletzten verhindern[234]. Der erste gesetzgeberische Zweck greift hier deswegen nicht durch, weil der Versicherungsträger nur Krankenhilfe, nicht aber Ersatz für immateriellen Schaden zu leisten hat. Aus diesem Grunde entfällt auch der zweite Gesichtspunkt der Verhinderung einer doppelten Entschädigung, weil der Verletzte insoweit nicht zweimal schadlos gehalten wird[235].

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß alle Ansprüche des Versicherten bis auf den Schmerzensgeldanspruch auf die KK. übergegangen sind und zwar in der Höhe, in welcher die KK. dem Versicherten noch zur Leistung aus der RVO. verpflichtet war.

III. Die KK. ist also Inhaberin zweier Forderungen, die sich in ihrer Höhe völlig decken; die eine steht ihr aus ihren eigenen vertraglichen Beziehungen, die andere aus den Rechtsbeziehungen des Versicherten zu den Schädigern zu. Anspruchsgegner beider Forderungen sind, soweit sich auch der übergegangene Anspruch des Versicherten nur gegen die Vertragspartner der KK. richtet, die Kassenärzte oder Unternehmer der Krankenhäuser. Das Ziel

---

232) RG. in DRZ. 1929, 277 Nr. 642; JW. 1932, 781 Nr. 5 OLG. Hamburg, Recht 1915 Nr. 955. OLG. Nürnberg JW. 1932, 2560-EuM. 33, 312. OLG. Frankfurt JW. 1933, 787. Opetz JW. 1929, 2033; 1930, 1566. Guckenheimer JW. 1931, 3182. Gruenebaum JW. 1932, 772. a. Ans. jedoch insbesondere RVA. AN. 1912, 1911. Lehmann § 1542, 12 c. S. 78. Mitglieder Kom. § 1542, Anm. 2. Werneburg DLK. 1930, 115. Grundmann DK. 1929, 1132.

233) a. Ans. OLG. Naumburg JW. 1933, 2716, Nr. 16.

234) RG. Eisenb. E. 49 S. 332/3. OLG. Darmstadt JW. 1933, 2071 Nr. 2. OLG. Naumburg JW. 1933, 2716 Nr. 16.

235) OLG. Frankfurt JW. 1933, 787 Nr. 12.

beider kann verschieden sein; sie können auf Zahlung einer Geldsumme oder Befreiung von einer Verbindlichkeit gehen[236]).

Dennoch wäre die KK. nicht in der Lage, beide Ansprüche gegen Krankenhaus oder Kassenarzt geltend zu machen. Hier finden vielmehr die Grundsätze der Vorteilsanrechnung Anwendung[237]). Das Rechtsgefühl würde sich sträuben, wenn man einer solchen Klage stattgeben wollte. Es würde in diesem Falle von Amtswegen zu berücksichtigen sein[238]), daß der KK. nur in Höhe einer Forderung ein Schaden erwachsen ist. Beide Ansprüche sind durch ein und dasselbe Ereignis, nämlich durch die Körperverletzung des Versicherten entstanden, und beide stehen in ursächlichem Zusammenhang mit diesem Ereignis. Der tatsächliche Schaden der KK. entspricht nur der Höhe einer Forderung, weil nur in dieser Höhe Ansprüche des Versicherten gegen sie gestellt werden.

Man wird wohl der KK. überlassen können, auf welchen der beiden Ansprüche sie sich stützen will. Ist die zuerst eingeklagte Forderung beglichen, so kann der Arzt gegen die zweite Forderung den Einwand der Vorteilsausgleichung erheben. Die KK. wäre auch in der Lage, — jedenfalls wenn man die Schwierigkeiten, die sich aus Sinn und Zweck ergeben können, außer Betracht läßt — ihre beiden Ansprüche an verschiedene Personen abzutreten. Nur könnte dann der Arzt gemäß §§ 412, 404 BGB. auch gegen die Rechtsnachfolger jederzeit den (nach Begleichung der einen Forderung gegen die zweite Forderung sich richtenden) rechtsvernichtenden[239]) Einwand der Vorteilsausgleichung entgegensetzen.

E. Als Anhang soll noch zum Schluß ein in der Praxis bisweilen vorgekommener interessanter Fall erörtert werden, daß nämlich die KK. ihre sämtlichen Ansprüche an den Versicherten nach Eintritt des schadenstiftenden Ereignisses abgetreten hat.

Bevor man auf die Zulässigkeit einer solchen Abtretung eingeht, muß man sich fragen, was eine KK. damit überhaupt bezwecken kann, und wie diese Abtretung auszulegen ist. Man könnte vielleicht zunächst daran denken, daß die KK. nur diejenigen Ansprüche abtreten wollte, die ihr bei Vorliegen eines unechten Vertrages zu Gunsten Dritter mittels der „Schadensliquidation aus dem

236) Es besteht hier keine Forderungskonkurrenz; auch kann man von keinem Gesamtgläubigerverhältnis sprechen, nach welchem gemäß §§ 428, 429, 422 BGB. durch Befriedigung der einen Forderung die andere notwendigerweise erlöschen müßte.

237) a. Ans. Appelius Inv. Vers. 1932, 137.

238) Vorteilsausgleichung ist eine Einwendung: Rengier S. 7.

239) Rengier S. 8.

Drittinteresse" zugestanden hätten[240]). Das Richtige wird man wohl aber treffen, wenn man annimmt, daß die KK. tatsächlich a l l e Ansprüche abtreten wollte, die ihr zustanden, ganz gleich aus welchem Rechtsgrund. Man wird dabei unterstellen dürfen, daß die KK. glaubte, sie sei nunmehr durch die Abtretung von allen ihren Pflichten gegenüber ihrem Mitgliede befreit, dessen Ansprüche aus der Versicherung seien damit erloschen.

Die Zulässigkeit der Abtretung ihres eigenen Vertragsanspruchs durch die KK. ist nicht zu bezweifeln. Fraglich könnte nur sein, ob die KK. rechtlich in der Lage ist, den auf sie übergegangenen Anspruch des Versicherten an diesen wieder zurück abzutreten; aber die Abtretung auch dieses Anspruchs wird man als rechtsgültig ansehen müssen[241]).

Wenn nicht die Abtretung gerade wieder an das Mitglied zurück erfolgte, so würde man gegen eine Abtretung solcher Forderung der Versicherungsträger keine Bedenken tragen; jedenfalls dann nicht, wenn die Krankenhilfe ihren Versicherten gegenüber sichergestellt ist. In demselben Maße wird man wohl auch eine Abtretung an den Versicherten selbst zulassen können; insbesondere läßt sich nicht aus dem Zwecke dieser Vorschrift etwas Gegenteiliges entnehmen. Vor allem wird man deswegen keine Bedenken haben, weil eine Schlechterstellung des Versicherten nicht herbeigeführt wird.

Denn die Stellung des Versicherten gegenüber seiner KK. bleibt von ihm aus gesehen immer dieselbe, ganz gleich, ob ihm die KK. ihre Ansprüche abgetreten hat oder nicht; er kann jederzeit, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, von der KK. die Leistungen aus der Versicherung fordern[242]). Ein etwaiger Verzicht auf diese Leistungen oder besser ein Erlaßvertrag mit der KK. wäre ohne rechtliche Wirkung. Das gilt nicht nur für die in der Zukunft noch entstehenden Ansprüche, sondern auch für die bereits entstandenen. Der Anspruch des Versicherten auf die einzelnen Leistungen der Versicherung stellt, wie wir gesehen haben[243]), ein subjektives öffentliches Recht dar, das durch den Krankheitsfall entsteht. Soweit dieser Krankheitsfall noch nicht eingetreten ist, also ein Recht des Versicherten noch nicht entstanden

240) Vgl. S. 62 ff der Arbeit
241) So auch OLG. Naumburg JW. 1933, 2716 Nr. 16.
242) Leffmann, S. 16/7.
243) Vgl. S. 23 ff der Arbeit.

ist, kann darauf nicht verzichtet werden[244]). Das hat die Folge, daß der Versicherte keinesfalls auf die immer wieder von neuem kraft Gesetzes entstehenden Ansprüche im Voraus verzichten kann; solange er also noch krank oder arbeitsunfähig ist, hätte der Verzicht allenfalls nur für den heutigen Tag Gültigkeit, morgen schon könnte er sich jedoch wieder an die KK. wenden und Krankenhilfe beanspruchen.

Genau so wie ein Verzicht auf zukünftige Leistungen ist der Verzicht auf bereits entstandene Versicherungsforderungen zu beurteilen[245]), wobei man sich vor Augen halten muß, daß der einseitige Verzicht des Versicherten selbst den Anspruch noch nicht zur Aufhebung bringen könnte, sondern dies nur in Verbindung mit der übereinstimmenden Erklärung des Versicherungsträgers möglich wäre. Betrachtet man zunächst eine solche Abmachung von der Stellung der KK. aus, so läßt sich allerdings die Ansicht, daß auch ein Verzicht auf bereits erwachsene Ansprüche unwirksam ist, auf § 139 RVO. nicht unmittelbar stützen. Denn dort ist nur den Arbeitgebern, nicht den Versicherungsträgern untersagt, die Anwendung der Vorschriften der RVO. zu Ungunsten des Versicherten auszuschließen. Gleichwohl ist aus allgemeinen Erwägungen, aus der Stellung der Krankenkassen als Organe der sozialrechtlichen Fürsorge herzuleiten, daß auch sie die Anwendung der Vorschriften der RVO. nicht zum Nachteil der Versicherten durch Abmachungen ausschließen oder beschränken dürfen, und daß entgegenstehende Abmachungen zwar nicht nach § 140 RVO. strafbar, aber rechtlich unwirksam sind[246]).

Wollte man diese Grundsätze in unserem Fall vielleicht deswegen nicht zur Anwendung kommen lassen, weil dem Versicherten als Gegenleistung die Forderung abgetreten sei und ihm also somit sein Verzicht nicht zum Nachteil gereichen würde, gelangt man dennoch zu der vertretenen Auffassung, wenn man die Verzichtsvereinbarung vom Standpunkt des Versicherten aus betrachtet. Den

244) Das nimmt auch Jellinek an (S. 215): Man kann also z. B. auf den durch Stellung eines Antrags entstandenen Anspruchs auf Baugenehmigung verzichten, nicht aber darauf, daß künftige Anträge dem Gesetz entsprechend beschieden werden (S. 192).

245) Fleiner, S. 179. Insbesondere Hahn-Kühne, § 139 Anm. 7 S. 162. Bad. Verw. Ger. 1905 in Arb. Vers. 1906 S. 13 zu § 80 KVG., der dem heutigen § 139 RVO. entspricht; Rekurs E. in Sörgel Jhb. Bd. 1 Nr. 141. Mit Einschränkungen: Bad. Verw. Ger. 1908. Reger 29. 555. vgl. auch Kormann, S. 311. Im Ergebnis ebenso Leffmann S. 16/7. a. Ans. RG. 59, 197. (vgl. S. 32 Anm. 45 der Arbeit). A. A. grunds. a. Jellinek S. 215 für das öffentliche Recht im allgemeinen.

246) Hahn-Kühne § 139 Anm. 7. Bad. Verw. Ger. in Arb. Vers. 1906. S. 13.

folgenden Erwägungen könnte sich m. E. auch Jellinek nicht entziehen, der grundsätzlich im öffentlichen Recht den Verzicht zuläßt[247]. Er geht nämlich bei der Frage der Verzichtbarkeit subjektiver öffentlicher Rechte von dem Grundsatz aus, daß alle übertragbaren Ansprüche auch verzichtbar seien[248], denn der Verzicht sei bei Forderungsrechten wirtschaftlich gesehen nichts anderes als die Übertragung des Rechts auf den Schuldner. Die Verfügungsmöglichkeit des Versicherten über seine Versicherungsansprüche ist nun aber auf das Äußerste beschränkt. Nur in dem eng begrenzten Rahmen des § 119 RVO. sind einzelne Ausnahmen von der Regel[249], daß die Ansprüche nicht übertragen werden können, vorgesehen. Danach sind also Verzichtserklärungen so gut wie ausgeschlossen, jedenfalls eine allgemeine Verzichtserklärung rechtlich ohne jede Wirksamkeit[250].

Das Ergebnis dieser Betrachtungen ist also, daß dem Versicherten, selbst wenn er auf seine Ansprüche aus der Versicherung „verzichtet" hätte[251], diese ihm weiterhin zuständen[252], eine Verschlechterung in seiner Stellung zur KK. daher niemals eintreten könnte. An der Zulässigkeit der Rückabtretung des auf die KK. nach § 1542 RVO. übergegangenen Anspruchs ist demnach nicht mehr zu zweifeln[253].

Die weitere Folge dieser Betrachtung ist, daß dem Versicherten jetzt theoretisch drei Forderungen zustehen, eine auf Leistung aus der Versicherung nach §§ 182 ff RVO. gegen KK., die anderen beiden auf Grund der als rechtsgültig angesehenen Abtretung der KK. auf den Versicherten. Daß der Versicherte die beiden übergegangenen Forderungen zusammen nicht geltend machen kann, sondern vielmehr nur eine von diesen beiden, ist schon gesagt worden.

247) Jellinek, S. 215.

248) Jellinek, a. a. O.

249) Hahn-Kühne § 119 Anm. 1a.

250) Die Praxis der Sozialversicherung geht in Verwaltung und Rechtsprechung von der Möglichkeit eines Verzichts auf die Leistungen der Versicherung aus, insbesondere auf dem Gebiet der Krankenversicherung, bei der Anwartschaft und Wartezeit nur eine untergeordnete Rolle spielen und sich der Verzicht nur auf vorübergehende Leistungen bezieht. Vgl. Die Ausführungen von Fuisting: Arbeiterversorgung 1932 S. 433 ff.

251) Wenn er das allerdings getan hätte, müßte man in analoger Anwendung des § 140 BGB. wegen Umwirksamkeit des Verzichts auch die Rückabtretung der Forderung als Bestandteil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts ebenfalls unwirksam ansehen.

252) Unrichtig daher die Erwägungen, die OLG. Naumburg JW. 1933, 2716 anstellt, dort wird in Betracht gezogen, daß der Versicherungsträger in einem solchen Falle von dem Versicherten schon gezahlte Leistungen vielleicht zurückfordern könne.

253) Auch OLG. Naumburg JW. 1933, 2716 Nr. 16.

Er muß sich als Rechtsnachfolger der KK. nach §§ 404, 414 BGB. bezüglich einer von diesen beiden übergegangenen Forderungen in dem gleichen Maße, wie es die KK. hätte tun müssen, den Einwand der Vorteilsausgleichung entgegenhalten lassen.

Wenn der Versicherte nun auf Grund einer von diesen beiden übergegangenen Forderungen gegen Arzt oder Krankenhaus klagt, können diese nun nicht ihm wiederum den Einwand der Vorteilsanrechnung mit der Begründung entgegensetzen, daß er keinen Schaden in Höhe dieser Forderung habe, da er ja in derselben Höhe gegen die KK. noch Ansprüche aus der Versicherung besitze. Diese Betrachtungsweise wäre verfehlt, insbesondere würde sie nicht dem Grundgedanken der Vorteilsausgleichung Rechnung tragen, denn diese soll nur dann stattfinden, wenn durch ein und dasselbe Ereignis sich zum Schaden ein Vorteil hinzugesellt. An dieser Voraussetzung mangelt es aber hier schon deswegen, weil die eine Forderung auf Grund der Krankheit (§ 182 ff RVO.), die andere auf Grund einer neuen selbständigen Handlung, nämlich der Abtretung der KK., dem Versicherten zufiel.

Der Versicherte ist also vielmehr durch die Abtretung wieder in vollem Umfange seiner ursprünglichen Schadensersatzforderung gegenüber der Stadt aktiv legitimiert und braucht sich nicht die Leistungen, die die KK. ihm noch schuldet, anrechnen zu lassen[254]).

Eine andere Frage ist nun, ob bei dieser Sachlage die KK. in der Lage ist, ihre Abtretung rückgängig zu machen. Diese Möglichkeit wird zu bejahen sein. Denn, wie wir es als das Wahrscheinlichste unterstellt hatten, lebte sie ja in dem Glauben, daß sie mit der Abtretung aller ihrer Ansprüche an den Versicherten auch gleichzeitig von allen ihren Versicherungsleistungen befreit würde. Daß diese Rechnung nicht richtig war, haben wir gesehen, denn der Versicherte war in keiner Weise seiner Ansprüche gegen die KK. verlustig gegangen. Es war also mit anderen Worten der mit der Abtretung bezweckte Erfolg nicht eingetreten, und die KK. kann daher zwar diese Abtretung nicht anfechten[255]), aber doch in entsprechender Anwendung[256]) der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 ff. BGB.) im öffentlichen Recht rückgängig machen. (causa data causa non secuta). Auch der ordentliche Rechtsweg wäre für diese Klage zuzulassen[257]).

---

254) Aehnlicher Fall: OLG. Naumburg JW. 1933, 2716, Nr. 16.

255) § 119 BGB. ist nicht gegeben, da es sich um einen bloßen Irrtum im Motiv handelt.

256) Skaupy, z. B. S. 77.

257) Vgl. S. 45 und 46 ff der Arbeit.

Lebenslauf.

Am 15. 8. 1913 wurde ich zu Brandenburg (Havel) als Sohn des Regierungsbaumeisters Friedrich Balfanz geboren. Meine Schulbildung genoß ich in Berlin. Ich besuchte drei Jahre die Vorschule und anschließend neun Jahre das Reformrealgymnasium in Berlin-Zehlendorf, wo ich Ostern 1931 das Reifezeugnis erhielt. Danach wandte ich mich sogleich dem Studium der Rechtswissenschaft zu. Ich studierte zunächst ein Semester in Tübingen und danach die folgenden in Berlin. Hier legte ich Anfang März 1935 am Kammergericht die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 6. April 1935 promovierte ich zum Dr. iur.